

50 ans de coordination de la sécurité sociale

Passé — Présent — Futur

50

COORDINATION EUROPÉENNE DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

50 ans de coordination de la sécurité sociale Passé — Présent — Futur

Rapport de la conférence
célébrant le 50^e anniversaire
de la coordination européenne de la sécurité sociale

Prague, 7 et 8 mai 2009

Éditeur responsable
Pr D^r Yves Jorens — Université de Gand, Belgique

Cet ouvrage recueille le contenu des interventions de la conférence européenne organisée les 7 et 8 mai à Prague par le département de droit social de l'université de Gand, au nom de la Commission européenne, DG Emploi, affaires sociales et égalité des chances, à l'occasion du 50^e anniversaire de la coordination européenne de la sécurité sociale.

Commission européenne

Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances
Unité E.3

Manuscrit terminé en mai 2009

Cet ouvrage recueille le contenu des interventions de la conférence européenne organisée les 7 et 8 mai à Prague par le département de droit social de l'université de Gand, au nom de la Commission européenne, DG Emploi, affaires sociales et égalité des chances, à l'occasion du 50^e anniversaire de la coordination européenne de la sécurité sociale.

Ce texte a été écrit à une période où le traité de Lisbonne n'était pas encore en vigueur. Par conséquent, dans leurs contributions, les auteurs font encore référence aux articles pertinents de l'ancien traité sur l'Union européenne et de l'ancien traité instituant la Communauté européenne.

Ni la Commission européenne ni aucune personne agissant au nom de la Commission ne sont responsables de l'usage qui pourrait être fait des informations contenues dans cette publication.

© Union européenne

Pour les photos non protégées par les droits d'auteur de l'Union européenne, il convient de demander directement l'autorisation aux détenteurs desdits droits d'auteur pour toute utilisation ou reproduction.

Europe Direct est un service
destiné à vous aider à trouver
des réponses aux questions que vous
vous posez sur l'Union européenne.

Un numéro unique gratuit (*):

00 800 6 7 8 9 10 11

(*) Certains opérateurs de téléphonie mobile ne permettent pas l'accès aux numéros 00 800 ou peuvent facturer ces appels.

De nombreuses autres informations sur l'Union européenne sont disponibles sur l'internet via le serveur Europa (<http://europa.eu>).

Une fiche catalographique ainsi qu'un résumé figurent à la fin de l'ouvrage.

Luxembourg: Office des publications de l'Union européenne, 2010

ISBN 978-92-79-14868-2

doi:10.2767/94237

© Union européenne, 2010

Reproduction autorisée, moyennant mention de la source

Printed in Spain

IMPRIMÉ SUR PAPIER BLANCHI SANS CHLORE ÉLÉMENTAIRE (ECF)

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	5-7
Discours d'ouverture de M ^{me} Lenia Samuel, directrice générale adjointe	
Commission européenne — DG Emploi, affaires sociales et égalité des chances	
 BREF HISTORIQUE DE LA COORDINATION DE LA SÉCURITÉ SOCIALE	 8-29
Simon Roberts	
 LE RÔLE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE DANS LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT DE LA SÉCURITÉ SOCIALE DES PERSONNES CIRCULANT À L'INTÉRIEUR DE L'UNION EUROPÉENNE.....	 30-56
Sean Van Raepenbusch	
 LES ACCOMPLISSEMENTS DE 50 ANNÉES DE COORDINATION EUROPÉENNE DE LA SÉCURITÉ SOCIALE	 57-74
Rob Cornelissen	
 APPLICATION DES RÈGLEMENTS DE COORDINATION DANS LE CONTEXTE DE LA DÉCENTRALISATION ET DE LA RÉGIONALISATION DES SYSTÈMES DE SÉCURITÉ SOCIALE.....	 75-95
Eberhard Eichenhofer	
 LA MISE EN ŒUVRE DES RÈGLES DE COORDINATION POUR LES MESURES RELEVANT DE LA POLITIQUE ACTIVE DU MARCHÉ DU TRAVAIL À L'ÉCHELLE NATIONALE.....	 96-118
Maximilian Fuchs	
 IMPACT DES ARTICLES 12, 18, 39 ET 43 DU TRAITÉ CE SUR LA COORDINATION DES SYSTÈMES DE SÉCURITÉ SOCIALE.....	 119-136
Eleanor Spaventa	
 LA COORDINATION DANS LE CONTEXTE DES RÈGLES DU MARCHÉ INTÉRIEUR OU QUEL REMÈDE CONTRE LA CRISE DE LA CINQUANTAINE?	 137-158
Jean-Philippe Lhernould	
 NOUVEAUX MODÈLES DE MIGRATION ET DÉFIS À VENIR	 159-178
Paul Minderhoud	
 VERS DE NOUVELLES RÈGLES POUR LA DÉTERMINATION DE LA LÉGISLATION APPLICABLE?	 179-198
Yves Jorens	

LA COORDINATION DES NOUVELLES PRESTATIONS	199-226
Bernhard Spiegel	
SOINS DE SANTÉ TRANSFRONTALIERS:	
VERS UNE COORDINATION DES DEUX VOIES DE MOBILITÉ DES PATIENTS.....	227-251
Jean-Claude Fillon	
REMARQUES GÉNÉRALES DE CONCLUSION	252-257
Yves Jorens	
ANNEXE — PHOTOS DE QUELQUES PARTICIPANTS À LA CONFÉRENCE.....	258-259

AVANT-PROPOS



M^{me} Lenia Samuel,
directrice générale adjointe
Commission européenne — DG Emploi, affaires
sociales et égalité des chances

Ces jours-ci, les 7 et 8 mai 2009, nous célébrons le 50^e anniversaire de la coordination européenne de la sécurité sociale.

50 ans est un très bel âge, qui nous renvoie directement aux débuts de l'Union européenne, puisque nous abordons l'un des premiers domaines d'action communautaire. Les règlements sur la coordination pour les travailleurs migrants sont indispensables à la libre circulation des travailleurs, l'un des principes de base de l'Union européenne, mais aussi l'un des exemples les plus tangibles des avantages de l'Union européenne pour ses citoyens.

Mais aujourd'hui, nous ne célébrons pas seulement l'anniversaire d'un instrument parvenu à un âge vénérable; nous fêtons aussi sa renaissance. Je suis heureuse d'être en mesure de vous annoncer qu'il y a deux semaines, le Parlement européen a adopté à une très large majorité deux nouveaux règlements en matière de coordination qui nous guideront dans les décennies à venir de la construction européenne. En 1998, la Commission européenne avait proposé un nouveau cadre réglementaire pour la coordination des régimes de sécurité sociale. Après maintes discussions et successions à la présidence

du Conseil, le Parlement européen vient d'adopter des règlements qui aboutiront à l'application du nouveau cadre de coordination à partir de 2010. Il s'agit de l'une des plus importantes décisions du Parlement dans le cadre de son mandat actuel.

En effet, il était grand temps de moderniser cet instrument crucial pour la libre circulation effective des travailleurs. En 1958, la libre circulation des travailleurs était nécessaire pour garantir le développement d'un marché économique libre. Au moment de la création de la Communauté européenne, aucune norme sociale n'avait été introduite; on pensait en effet que ces normes découleraient des phénomènes d'intégration et de croissance économique. Pour mettre en œuvre ce processus, la circulation transfrontalière des travailleurs était indispensable. Il fallait éliminer tous les obstacles susceptibles d'entraver le développement de ces marchés.

L'instauration de la citoyenneté européenne par le traité de Maastricht a marqué un pas décisif dans la transformation de la Communauté économique européenne, axée sur les problèmes économiques, en une Union européenne défendant les intérêts de tous les citoyens.

Pour les personnes, la libre circulation est peut-être l'un des droits les plus importants de la législation communautaire. C'est un élément essentiel de la citoyenneté européenne et un outil capital pour instaurer un marché du travail efficace et des taux d'emploi élevés.

La Commission européenne est d'ailleurs ravie que la Belgique et le Danemark aient décidé très récemment de ne plus appliquer les mesures de transition pour les travailleurs des pays membres ayant adhéré à l'Union en 2004 et de leur donner un accès de plein droit au marché du travail.

Mais les enjeux restent de taille. Nous devons faire face au problème du vieillissement de la population et aux exigences croissantes de flexibilité du marché du travail du fait de la mondialisation. Pour atteindre

les objectifs de la stratégie de Lisbonne, le Conseil européen a décidé qu'une de ses lignes directrices majeures serait de mieux répondre aux besoins du marché du travail en éliminant les obstacles à la mobilité des travailleurs dans toute l'Europe et en permettant une meilleure anticipation des besoins de compétences, des pénuries de main-d'œuvre et des goulets d'étranglement sur le marché du travail. Tous ces défis exigent certes un potentiel important en termes de main-d'œuvre.

La mobilité était donc et demeure une priorité de l'agenda politique de la Commission européenne. Il y a déjà quelques années, on a célébré l'année européenne de la mobilité des travailleurs. En 2007, la Commission a présenté une communication intitulée «La mobilité, un instrument au service d'emplois plus nombreux et de meilleure qualité: le plan d'action européen pour la mobilité de l'emploi». Ce plan d'action souligne que les règlements en matière de coordination constituent un instrument de promotion de la mobilité des travailleurs à la fois utile et très efficace dans la mise en œuvre de cet objectif. Ces règlements sont essentiels pour que les personnes puissent faire usage de leur droit à la libre circulation. En éliminant les différentes barrières nationales dans le domaine de la sécurité sociale, ces instruments garantissent que les personnes se déplaçant dans l'Union européenne conserveront leurs droits à la sécurité sociale. Par conséquent, la liberté de circulation n'est possible que si les droits de sécurité sociale des travailleurs migrants et de leur famille sont protégés.

C'est pourquoi les règlements sur la coordination favorisent un meilleur fonctionnement du marché du travail. La flexibilité croissante sur les marchés du travail, caractérisée par de nouvelles formes de mobilité, peut entraver l'application de ces règlements. En effet, les modèles d'emploi temporaire constituent un obstacle en la matière. La Commission européenne continuera d'œuvrer pour la mise en place des conditions favorables à la mobilité. En 2010, elle envisage d'adopter une nouvelle communication sur la mobilité.

Le droit à la sécurité sociale est un droit fondamental qui doit être garanti; il constitue un filet de sécurité primordial en ces temps de crise économique. Grâce aux règlements assurant la coordination des différents régimes de sécurité sociale des États membres, la libre circulation est devenue une réalité au fil des cinquante dernières années et un élément central de l'Union européenne et de son identité. Le nouveau cadre réglementaire, applicable à partir de 2010, constitue un autre jalon important dans la mise en œuvre de cet objectif fondamental de l'Union européenne.

Mais le processus n'est pas terminé et des défis peuvent surgir. Nous avons du pain sur la planche. C'est pourquoi nous sommes heureux d'avoir organisé cette conférence. C'est l'occasion de faire le bilan des réalisations des cinquante dernières années, mais aussi d'envisager les enjeux à venir. Quelles leçons pouvons-nous tirer du passé pour mieux les affronter à l'avenir?

Les règlements adoptés depuis cinquante ans sont passés par différentes réformes visant à prendre en compte les évolutions sur le plan national et européen. Aujourd'hui, plusieurs interventions porteront leur propre éclairage sur la situation d'origine et les réalisations positives au cours de cette période. Mais nous ne devons pas surestimer ces accomplissements. Certes, les règlements de coordination constituent un instrument efficace et je suis convaincue que le nouveau règlement d'exécution améliorera l'application du nouveau règlement, notamment grâce à une coopération plus étroite et plus efficace entre les institutions. La nouvelle méthode d'échange de données par voie électronique facilitera cette coopération. Dans ce sens, la Commission maintient une étroite collaboration avec les experts et les institutions des États membres.

Mais bien sûr, le nouveau règlement ne mettra pas fin à la dynamique du processus. En effet, nous devons continuer de contrôler les évolutions susceptibles d'affecter à l'avenir les règlements sur la

coordination. Il en va de notre responsabilité commune.

Mesdames et Messieurs, le 29 avril 2009, la Commission européenne a organisé à Bruxelles une réunion des directeurs généraux de la sécurité sociale pour donner le coup d'envoi d'une série de conférences sur les nouveaux règlements. Plusieurs conférences seront organisées cette année dans le but de bien nous préparer au nouveau cadre réglementaire. La conférence d'aujourd'hui a un objectif différent mais tout aussi important. Elle ne porte pas sur la mise en place du nouveau cadre mais sur le système de coordination lui-même, ses limites, ses problèmes et les défis qu'il soulève. Cette conférence partage avec les autres initiatives prises par la Commission européenne cette année un élément commun: elle contribue à la diffusion d'informations sur le système

de coordination. Fournir des informations correctes et compréhensibles est peut-être l'enjeu le plus important aujourd'hui. S'ils ne sont pas informés, les citoyens ne pourront pas exercer leurs droits. La Commission a pris plusieurs initiatives dans ce domaine (conférences, brochures, site internet) et compte poursuivre ses efforts.

C'est pour toutes ces raisons que je suis enchantée de vous voir ici tous réunis pour célébrer ensemble cet anniversaire important. Je suis aussi ravie de constater la présence de nombreux représentants de l'appareil judiciaire. En effet, dans ces cinquante dernières années, le rôle des juges s'est avéré primordial. Ils ont été l'un des moteurs de l'intégration européenne. Je tiens à vous adresser toutes mes félicitations en cette date d'anniversaire et vous souhaite à tous une excellente conférence.

BREF HISTORIQUE DE LA COORDINATION DE LA SÉCURITÉ SOCIALE



Simon Roberts

Université de Nottingham (Royaume-Uni)

Simon Roberts est maître de conférences à la faculté de sciences sociales, de droit et d'enseignement de l'université de Nottingham. Il a consacré sa thèse de doctorat à la sécurité sociale des travailleurs migrants dans l'Union européenne et s'intéresse à cette question depuis.

Il est l'expert britannique auprès de l'Observatoire sur la libre circulation des travailleurs dans l'Union européenne. Il a également participé au programme Consensus III. Simon Roberts est le spécialiste du Royaume-Uni auprès du trESS depuis quatre ans et demi. Depuis 2008, il est également expert invité aux séminaires nationaux du trESS. Il est membre du Groupe de réflexion trESS. Il a récemment mis ses compétences au service du groupe d'experts de la Commission européenne chargé de la «Réalisation d'un marché du travail unique pour les chercheurs». Il est membre du comité éditorial de *l'European Journal of Social Security*.

Simon Roberts est l'auteur de nombreuses publications sur la migration, la libre circulation et la sécurité sociale. Il est coauteur du *Migration and Social Security Handbook* («A rights guide for people entering and leaving the UK»), mais aussi d'autres publications comme Roberts, S. (2004), «A Strong and Legitimate Link», *The Habitual Residence Test in the United Kingdom*, dans Langer, R., et Sakslin, M. (éds), *Co-ordinating Work-based and Residence-based Social Security*, faculté de droit, université de Helsinki (*).

I. LA CONCURRENCE ENTRE LES PRINCIPES DE TERRITORIALITÉ ET DE LIBRE CIRCULATION

La coordination communautaire de la sécurité sociale fête ses 50 ans. Cependant, l'histoire de la coordination sociale est bien antérieure à la communauté économique européenne (CEE). Elle remonte au début du vingtième siècle, lorsque des pays aujourd'hui membres de l'Union européenne (UE) ont négocié les premiers accords bilatéraux en matière de sécurité sociale. Les besoins de coordination sont encore antérieurs à cela puisqu'on peut remonter à 1648, date de signature du traité de Westphalie qui a mis fin à la guerre de Trente Ans ⁽¹⁾.

(*) Cette contribution a été traduite à partir de la version anglaise originale.

(1) Le traité de paix de Westphalie fait référence aux traités de Münster et d'Osnabrück.

Selon les termes de ce traité, le principe de Bodin ⁽²⁾ sur la souveraineté des États (l'autorité de chaque État «souverain» est incontestable dans l'enceinte nationale mais s'arrête aux frontières du pays du fait de la souveraineté des autres États sur leur propre territoire) a été adopté comme fondement du droit et des comportements internationaux ⁽³⁾.

Ce principe ⁽⁴⁾ a dominé en Europe pendant trois cents ans, jusqu'au 9 mai 1950, date à laquelle Robert Schuman, dans la lignée des théories de Jean Monnet, a proposé la création d'un marché commun du charbon et de l'acier. L'année suivante,

(2) Jean Bodin (1576), *Les six livres de la République*.

(3) Hartmann, F. (1978), *The Relations of Nations*, New York, Macmillan; Heater, D. (1990), *Citizenship*, Londres, Longman.

(4) Pour un examen des ambiguïtés inhérentes au concept de souveraineté, mais aussi de ses apports, voir Ferrera, M. (2005), *The Boundaries of Welfare*, Oxford University Press.

la Belgique, la France, la République fédérale d'Allemagne, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas signaient le traité de Paris instituant la **Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA)**. En 1955, lors d'une réunion à Messine, les ministres des affaires étrangères des six pays décidaient d'étendre l'intégration européenne à l'ensemble de l'économie et le 25 mars 1957, ils signaient les traités instituant la CEE, entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1958 ⁽⁵⁾. La création de la CEE a établi une nouvelle forme d'organisation politique en Europe: les États membres ont mis en commun une partie du pouvoir souverain jusque-là réservé à l'État-nation depuis le traité de Westphalie.

L'un des principes fondamentaux du nouveau marché commun européen est la libre circulation de la main-d'œuvre. L'article 48 (aujourd'hui 39) ⁽⁶⁾ du traité de Rome garantit la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté grâce à l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail. La libre circulation comporte le droit, sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique: de répondre à des emplois effectivement offerts; de séjourner dans un des États membres afin d'y exercer un emploi conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant l'emploi des travailleurs nationaux; de demeurer, dans les conditions stipulées dans les règlements d'application, sur le territoire d'un État membre, après y avoir occupé un emploi.

Bien entendu, la libre circulation n'est pas un phénomène nouveau. La répartition complexe des groupes ethniques et linguistiques en Europe occidentale témoigne des multiples vagues de migration successives qui ont forgé le paysage européen depuis le début

de l'âge de fer ⁽⁷⁾. Plus récemment, tout au long du XIX^e siècle, les pays en voie d'industrialisation du Nord-Ouest et du centre de l'Europe ont attiré la main-d'œuvre des pays voisins. Le Royaume-Uni est le premier pays industriel à avoir puisé à grande échelle dans la main-d'œuvre provenant d'un autre pays, lorsque des centaines de milliers de paysans irlandais ont quitté leur île en direction de Liverpool et de Glasgow à la suite de la famine de 1845-1847 pour travailler en tant que manœuvres, dockers ou ouvriers sidérurgiques ⁽⁸⁾. Plus tard, la France a fait appel aux travailleurs d'un de ses pays voisins, l'Italie; en 1931, la France comptait 900 000 Italiens; quant à l'empire germanique, il a ouvert ses portes aux travailleurs d'Europe centrale ⁽⁹⁾.

Après la Deuxième Guerre mondiale, et surtout dans les années 50 et 60 et au début des années 70, les pays d'Europe de l'Ouest, reprenant leurs pratiques d'avant-guerre, sont allés chercher de la main-d'œuvre dans d'autres régions d'Europe, en particulier dans la périphérie de l'Europe et dans le bassin méditerranéen ⁽¹⁰⁾. Juste après la guerre, la France a recommencé à recruter dans les régions pauvres du Sud de l'Italie; l'Allemagne de l'Ouest a puisé dans la main-d'œuvre d'Allemagne de l'Est et du Sud de l'Italie et le Royaume-Uni a continué d'attirer les travailleurs irlandais ⁽¹¹⁾. À partir de 1954, le marché commun nordique du travail a incité les Finlandais à émigrer en Suède. La Belgique et les Pays-Bas en revanche, fortement affectés par le chômage dans les années 50, n'ont commencé à importer de la main-d'œuvre qu'à la fin de la décennie ⁽¹²⁾.

⁽⁵⁾ http://europa.eu/abc/history/index_fr.htm

⁽⁶⁾ Le traité d'Amsterdam a modifié la numérotation des articles du traité. L'article 48 est aujourd'hui l'article 39, et l'article 51 est devenu l'article 42.

⁽⁷⁾ Rokkan, S., et Urwin, D. (1983), *Economy, Territory, and Identity*, Londres, Longman.

⁽⁸⁾ Berger, J., et Mohr, J. (1989), *A Seventh Man*, Cambridge, Granta.

⁽⁹⁾ Salt, J., «International Labour Migration: The Geographical Pattern of Demand», dans Salt, J., et Clout, H. (1976), *Migration in Post War Europe*, Oxford, Oxford University Press; King, R., «The Social and Economic Geography of Labour Migration: From Guestworkers to Immigrants», dans Pinder, D. (ed.) (1990), *Western Europe: Challenge and Change*, Londres, Belhaven.

⁽¹⁰⁾ Thomas, E.-J. (ed.) (1982), *Immigrant Workers in Europe: Their Legal Status*, Paris, Unesco; Castles, S., et Miller, M. (1993), *The Age of Migration*, Londres, Macmillan.

⁽¹¹⁾ Clout, H., Blacksell, M., King, R., et Pinder, D. (eds) (1989), *Western Europe: Geographical Perspectives*, Harlow, Longman.

⁽¹²⁾ Smolders, C. (1982), «The Status of Immigrant Workers in the Netherlands», dans Thomas, E.-J. (ed.), *Immigrant Workers in Europe: Their Legal Status*, Paris, Unesco; Clout, H., Blacksell, M., King, R., et Pinder, D. (eds) (1989), *Western Europe: Geographical Perspectives*, Harlow, Longman.

Cependant, les barrières et obstacles rencontrés par les travailleurs migrants après la Deuxième Guerre mondiale n'étaient pas les rivières et les montagnes comme pour les hommes et les femmes du début de l'âge de fer, mais plutôt les frontières nationales et le concept de «souveraineté de l'État», en vertu duquel les États-nations pouvaient décider qui avait le droit d'entrer sur leur territoire et sous quelles conditions.

Les États-nations européens ont étendu leurs compétences depuis le traité de Westphalie et, depuis la fin du XIX^e siècle, ils ont progressivement introduit des dispositions visant au bien-être de leurs citoyens dans le souci d'asseoir leur légitimité. Cependant, les États-providences n'ont pas tous évolué dans le même sens et ont pris différentes formes pour juguler les risques associés à l'économie de marché ⁽¹³⁾. Plusieurs typologies bien connues ont été élaborées pour décrire le renforcement du rôle d'État-providence, notamment celle de Titmuss qui distingue les États-providences résiduels des États-providences institutionnels ⁽¹⁴⁾ ou le modèle d'Esping-Andersen basé sur les concepts de dé-marchandisation, de *welfare mix* (différentes modalités de protection) et de stratification ⁽¹⁵⁾. Les États-providences de l'UE-27 sont aujourd'hui des hybrides qui associent dans différentes proportions ces divers principes et éléments.

Quelle que soit la combinaison retenue, l'approche traditionnelle considère que les droits à une protection sociale émanent des États-nations et sont circonscrits au territoire national. Les migrants transfrontaliers doivent satisfaire à certaines conditions,

notamment concernant l'accès aux prestations et services de l'État-providence ⁽¹⁶⁾.

Si les droits aux prestations sociales de l'État-providence sont territorialement limités, c'est parce que l'on considère que la solidarité implicite dans un système commun d'imposition et de services publics est forcément limitée et que ces limites coïncident avec les frontières nationales. Selon Coughlan, ce sont les «solidarités implicites de tout système d'imposition et de services publics [...] associées aux solidarités démocratiques de la communauté nationale» qui garantissent la cohésion nationale. Cependant, «les solidarités présentes dans un État-nation n'existent pas ou rarement à l'échelle transnationale ou interétatique. C'est un fait incontestable qui lie de façon irrévocable l'État-providence redistributif au territoire national» ⁽¹⁷⁾.

Le principe de clause territoriale pour limiter l'accès à la protection sociale est aussi ancien que le principe de protection sociale lui-même, mais le territoire concerné ne correspond pas toujours au territoire national. Par exemple, les lois sur la pauvreté et la mendicité promulguées en Angleterre au début du XVII^e siècle tentaient de contrôler l'exode rural à l'intérieur du pays. Ces lois autorisaient les magistrats à renvoyer à sa terre d'origine toute personne arrivée sur la commune «pour habiter dans un logis dont la valeur annuelle était inférieure à 10 livres sterling, si la présence de cette personne faisait l'objet d'une plainte». Les agents communaux «surveillaient les nouveaux arrivants sur la commune susceptibles de solliciter une assistance

⁽¹³⁾ Esping-Andersen, G. (1990), *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, Polity Press; Baldwin, P. (1990), *The Politics of Social Solidarity: Class Bases of the European Welfare States 1875-1975*, Cambridge University Press; Ferrera, M. (1996), «The Southern Model of Welfare in Social Europe», *Journal of European Social Policy*, 1; Arts, W., et Gellissen, J. (2002), «Three worlds of welfare capitalism or more?», *Journal of European Social Policy*, 12(2); Hantrais, L. (2004), *Family Policy Matters: Responding to Family Change in Europe*, Bristol, Policy Press.

⁽¹⁴⁾ Titmuss, R. (1974), *Social Policy: An Introduction*, Londres, Unwin Hyman.

⁽¹⁵⁾ Esping-Andersen, G. (1990), *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, Policy Press.

⁽¹⁶⁾ Roberts, S., et Bolderson, H. (1993), «How closed are Welfare States? Migration, Social Security and National Frontiers: Social Security Provisions for Non-EU Nationals in Six EU Countries», document présenté lors de la conférence annuelle de l'Association internationale de sociologie, septembre, Oxford; Roberts, S., et Bolderson, H. (1999), «Inside Out: A Cross National Study of Migrants' Disentitlements to Social Security Benefits», dans Clasen, J. (ed.), *Comparative Social Policy*, Blackwell; Roberts, S. (2001), «Crossing frontiers: migration and social security», *Ethics, Poverty, Inequality and Reform in Social Security*, Ashgate Publishing.

⁽¹⁷⁾ Coughlan, A. (1992), «The Limits of Solidarity: Social Policy, National and International», document diffusé lors de la conférence intitulée «50 Years after Beveridge», université de York, du 27 au 30 septembre, vol. 2, York, SPRU.

sociale»⁽¹⁸⁾. Ces principes ont été transposés dans les premières législations sur l'immigration, qui exigeaient des étrangers (désormais définis comme des personnes provenant d'un autre pays et non plus du village voisin) qu'ils subviennent à leurs propres besoins.

Aujourd'hui, pour contrôler l'accès aux aides qu'ils proposent, les États-providences utilisent une combinaison de règles sur l'immigration et de conditions limitant les droits aux prestations⁽¹⁹⁾. Le premier type de mesures consiste, par exemple, à autoriser une personne à entrer dans le pays à condition qu'elle renonce à réclamer certaines prestations, tandis que le deuxième type inclut généralement des critères de nationalité, de cotisation et de résidence.

Les conditions d'ouverture du droit aux prestations diffèrent selon les pays quant aux niveaux d'exigence qu'elles instaurent concernant les cotisations préalables et/ou la nationalité, le temps de résidence dans le pays ou la présence de la personne au moment de la demande de prestation⁽²⁰⁾. Ces conditions peuvent par conséquent affecter les nouveaux arrivants, mais aussi les résidents de longue durée si elles ont trait à la nationalité des demandeurs.

Les différents types de prestations sont généralement assujettis à des critères différents. Les prestations contributives ne sont soumises à aucune condition de nationalité ou de résidence si elles sont consommées dans le pays. Pour satisfaire aux conditions de cotisation associées à toute prestation contributive, il est nécessaire cependant d'avoir travaillé et été assuré dans le pays d'ac-

cueil — or, c'est là que les règles d'immigration peuvent limiter l'accès aux prestations contributives.

Les principaux obstacles pour les travailleurs migrants concernant les prestations contributives résident dans l'exigence de cotisations minimales pour avoir droit à une prestation et dans le fait que les prestations contributives perçues ne sont pas toujours exportables ou le sont sous certaines conditions. Si aucune discrimination n'est appliquée sur le plan de la nationalité lorsque les prestations contributives sont demandées dans le pays, cette discrimination existe lorsqu'il s'agit de les exporter⁽²¹⁾. Certains pays interdisent aux personnes de nationalité étrangère de réclamer certaines prestations contributives depuis l'étranger, tandis que d'autres versent des sommes plus importantes à leurs propres ressortissants résidant à l'étranger.

Dans de nombreux pays, les prestations financées par l'impôt sont soumises à des conditions de résidence. Il est possible de distinguer différents types de conditions de résidence et plusieurs concepts de «résidence» peuvent s'appliquer⁽²²⁾. L'accès aux prestations non contributives exige parfois une durée de séjour préalable minimale dans le pays ou l'existence d'un lien social entre l'État payeur et le bénéficiaire⁽²³⁾. Le montant de la prestation peut dépendre du nombre d'années de résidence dans le pays. Une personne ayant établi son droit à une prestation n'est pas toujours autorisée à l'emporter à l'étranger ou à la réclamer depuis l'étranger. Démontrer l'existence d'un lien social est généralement une condition impérative en matière de prestations sociales et tous les régimes d'assistance

⁽¹⁸⁾ Gorden, P., et Newnham, A. (1985), *Passport to Benefits?*, Londres, CPAG.

⁽¹⁹⁾ Roberts, S., et Bolderson, H. (1999), «Inside Out: A Cross National Study of Migrants' Disentitlements to Social Security Benefits», dans Clasen, J. (ed.), *Comparative Social Policy*, Blackwell.

⁽²⁰⁾ Roberts, S., et Bolderson, H. (1993), «How closed are Welfare States? Migration, Social Security and National Frontiers: Social Security Provisions for Non-EU Nationals in Six EU Countries», document présenté lors de la conférence annuelle de l'Association internationale de sociologie, septembre, Oxford.

⁽²¹⁾ Bolderson, H., et Gains, F. (1993), *Crossing National Frontiers: An Examination of the Arrangements for Exporting Social Security Benefits in Twelve OECD Countries*, HMSO.

⁽²²⁾ Roberts, S., et Bolderson, H. (1999), «Inside Out: A Cross National Study of Migrants' Disentitlements to Social Security Benefits», dans Clasen, J. (ed.), *Comparative Social Policy*, Blackwell; Roberts, S. (2001), «Crossing frontiers: migration and social security», *Ethics, Poverty, Inequality and Reform in Social Security*, Ashgate Publishing.

⁽²³⁾ Roberts, S. (2004), «A Strong and Legitimate Link. The Habitual Residence Test in the United Kingdom. Co-ordinating Work-Based and Residence-Based Social Security», faculté de droit, université de Helsinki; Cousins, M. (2007), «The "Right to Reside" and Social Security Entitlements», *Journal of Social Welfare and Family Law*, 29:1.

européens exigent la présence de l'allocataire. Soulignons que ces catégories se chevauchent. Par exemple, une période de résidence antérieure peut constituer un critère suffisant pour démontrer le statut de résident social d'une personne. Les conditions de résidence peuvent aussi s'appliquer aux ressortissants nationaux qui reviennent chez eux après un séjour à l'étranger et aux non-ressortissants ⁽²⁴⁾.

II. ORIGINES DE LA COORDINATION DANS L'HISTOIRE DES ACCORDS BILATÉRAUX

Depuis l'introduction des premiers régimes d'assurance en Europe à la fin du XIX^e siècle, la perte du droit à la sécurité sociale du fait d'une migration internationale est considérée comme un problème, tant pour les régimes de sécurité sociale que pour les travailleurs migrants ⁽²⁵⁾. Pour résoudre ces difficultés, un nombre croissant de pays européens ont négocié des accords bilatéraux de sécurité sociale ⁽²⁶⁾. Si l'histoire des traités internationaux sur la sécurité sociale remonte au début du XX^e siècle, les traités internationaux portant sur les droits des étrangers sont beaucoup plus anciens. La plupart des pays du monde ont signé des traités affectant d'une façon ou d'une autre le statut des étrangers ⁽²⁷⁾. L'histoire de ces traités remonte au

moins au XIV^e siècle. Les premiers traités, appelés «capitulations», établissaient des régimes juridiques distincts pour les ressortissants étrangers. Aux XVII^e, XVIII^e et XIX^e siècles, des traités bilatéraux d'amitié, de commerce et d'établissement ont été élaborés pour protéger les intérêts des négociants individuels ⁽²⁸⁾.

Les premières tentatives de coordination transfrontalière des régimes de sécurité sociale portent sur les indemnisations en cas d'accident de travail. En 1904, la France et l'Italie ont signé ce que l'on considère généralement comme le premier traité international de sécurité sociale, même s'il existe apparemment des précurseurs de ces accords bilatéraux de sécurité sociale: un accord en 1882 et une convention en 1897 entre la France et la Belgique qui autorisaient les travailleurs migrants entre les deux pays à emporter leurs économies. Dans ce contexte, les économies peuvent être assimilées à une assurance. Si l'on adopte ce point de vue, le transfert d'épargne entre deux pays peut être considéré comme un précurseur du principe de totalisation des périodes d'assurance, qui constituera ensuite l'un des piliers de la plupart des accords bilatéraux de sécurité sociale ⁽²⁹⁾.

Le traité de 1904 entre la France et l'Italie autorisait aussi le transfert d'épargne entre les deux pays. De plus, il introduisait le principe d'égalité de traitement entre les ressortissants des deux pays dans les régimes d'indemnisation des accidents du travail survenus dans le pays d'accueil. Ainsi, les Italiens victimes d'un accident du travail en France étaient couverts par le régime français d'indemnisation des accidents du travail de la même façon que les ressortissants français, et vice versa. On assiste à une rupture par rapport au principe précédent, qui consistait à élaborer des régimes légaux totalement distincts pour les étrangers, ainsi qu'à une levée des clauses territoriales pesant sur les systèmes de

⁽²⁴⁾ Bolderson, H., et Roberts, S. (1997), «Social Security Across National Frontiers' in Social Security and Population Movement», *Journal of International and Comparative Welfare: Special Edition «New Global Development»*, vol. XIII.

⁽²⁵⁾ Deux ouvrages excellents et féconds sur l'histoire de la coordination de la sécurité sociale ont été publiés à environ un an d'intervalle: Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, Londres, Mansell; Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower. Cette section et la suivante portent sur les recherches minutieuses et détaillées entreprises par ces auteurs. Cependant, ce document ne peut que survoler une telle période. Ceux qui souhaitent connaître en détail le développement de la coordination de la sécurité sociale (et profiter des analyses des auteurs) ne regretteront pas d'avoir pris la peine d'explorer ces deux ouvrages.

⁽²⁶⁾ Roberts, S. (2002), «Migration and social security: parochialism in the global village», dans Sigg, R., et Behrendt, C. (eds) (2002), *Social Security in the Global Village*, International Social Security Series, vol. 8, Transaction publishers, New Brunswick.

⁽²⁷⁾ Goodwin-Gill, G. (1985), «Immigration, Nationality and the Standards of International Law», dans Dummett, A. (ed.), *Towards a Just Immigration Policy*, Londres, Cobden Trust.

⁽²⁸⁾ Ibid.

⁽²⁹⁾ Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, Londres, Mansell; Nagel, S., et Thalamy, C. (1994), *Le droit international de la sécurité sociale*, Paris, Presses universitaires de France.

sécurité sociale des deux pays, les personnes victimes d'un accident du travail pouvant désormais exporter leurs indemnisations dans leur pays d'origine ⁽³⁰⁾.

Le traité avait d'autres ambitions, notamment l'établissement d'accords entre les deux pays sur les retraites et les prestations de chômage ⁽³¹⁾. Mais ces clauses étaient prématurées: si l'Italie avait institué, par des lois adoptées en 1898 et en 1901, un régime embryonnaire de retraite, la France n'en avait pas et aucun des deux pays n'avait établi de régime d'assurance chômage ⁽³²⁾.

Il est possible d'envisager ce traité dans une visée politique plus large, souvent présente dans les accords internationaux de sécurité sociale ⁽³³⁾. Il cherchait à protéger et à mieux percevoir les intérêts nationaux. Plus précisément, il a été élaboré pour résoudre certains problèmes observés dans le domaine de la sécurité sociale des travailleurs migrants, mais aussi dans les dépenses sociales des deux pays à tous les niveaux. La France, préoccupée par le volume d'importation de produits italiens moins chers, essayait vainement depuis plusieurs années d'encourager l'Italie à instaurer des conditions de travail similaires à celles appliquées dans l'hexagone, affirmant que le bas coût des produits italiens par rapport aux produits français s'expliquait par de mauvaises conditions de travail et un manque d'investissement dans les mesures de santé et de sécurité ⁽³⁴⁾. Comme nous l'avons déjà expliqué, depuis la fin du XIX^e siècle, la France recrutait des travailleurs en Italie. Cette situation, outre les difficultés économiques qu'elle générait en France, suscitait dans le pays une certaine hostilité envers les travailleurs italiens. De son côté, l'Italie

souhaitait que les travailleurs italiens en France soient bien acceptés et traités sur un plan d'égalité avec les ressortissants français ⁽³⁵⁾. Ces questions ressurgiront lors des négociations des traités de Paris et de Rome.

Le traité de 1904 entre l'Italie et la France est devenu un modèle pour les accords bilatéraux de sécurité sociale adoptés par la suite ⁽³⁶⁾. En 1912, l'Allemagne et l'Italie signaient un accord instaurant l'égalité de traitement entre les deux pays, là encore concernant les indemnités en cas d'accident du travail dans l'industrie et dans l'agriculture ⁽³⁷⁾. Ce traité souscrivait également au principe d'égalité de traitement des ressortissants de chaque pays sur le territoire de l'autre.

En 1919, un autre traité franco-italien, allant plus loin que les accords précédents sur les transferts d'épargne, a introduit le principe même de totalisation des périodes d'assurance: les périodes d'assurance accomplies dans un pays sont prises en compte pour déterminer si les conditions donnant droit à une prestation dans l'autre pays sont satisfaites ⁽³⁸⁾. Ce principe fonctionne de la façon suivante: la personne migrante peut cumuler les périodes d'assurance accomplies dans chaque pays pour faire valoir son droit à une prestation. Une période d'assurance peut être une période de cotisation ou, dans des régimes basés sur la résidence, une période de résidence, voire une combinaison des deux. Dans certains cas, le principe de totalisation a été encore étendu et permet de cumuler les périodes de résidence dans deux pays pour solliciter une prestation soumise à une condition de résidence antérieure.

⁽³⁰⁾ Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, Londres, Mansell; Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower.

⁽³¹⁾ Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, Londres, Mansell.

⁽³²⁾ Ibid.

⁽³³⁾ Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, Londres, Mansell; Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower.

⁽³⁴⁾ Ibid.

⁽³⁵⁾ Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, Londres, Mansell; Nagel, S., et Thalamy, C. (1994), *Le droit international de la sécurité sociale*, Paris, Presses universitaires de France.

⁽³⁶⁾ Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, Londres, Mansell; Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower; Nagel, S. et Thalamy, C. (1994) *Le droit international de la sécurité sociale*. Paris, Presses universitaires de France.

⁽³⁷⁾ Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, Londres, Mansell.

⁽³⁸⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower.

Ces premiers traités présentent plusieurs caractéristiques importantes:

- ils sont réciproques;
- ils s'appliquent uniquement aux ressortissants des deux pays concernés et sur leur territoire;
- ils ne protègent que les travailleurs;
- ils concernent des prestations spécifiques.

Ces principes sont repris, en totalité ou en partie, dans tous les accords ultérieurs ⁽³⁹⁾.

Si plusieurs pays ont négocié des accords sur l'égalité de traitement en matière de prestations pour accident du travail après la Première Guerre mondiale, au départ, la norme voulait que les autres aspects de la sécurité sociale soient inclus dans des conventions générales du travail (Watson, 1980) ⁽⁴⁰⁾. Mais entre les deux guerres, le champ d'application des accords de sécurité sociale, concernant les bénéficiaires au même titre que les prestations, s'est progressivement élargi, aboutissant à des accords complets couvrant toutes les prestations ⁽⁴¹⁾. Outre l'égalité de traitement et la totalisation des périodes d'assurance, on a adopté le principe de proratisation pour les prestations de longue durée. Si les formules et calculs associés à la proratisation sont souvent compliqués, le principe est simple: chaque pays paye la part de pension correspondant à la période d'assurance accomplie sur son territoire. La totalisation fait référence au cumul des périodes d'assurance, de résidence et de présence en vue de satisfaire aux critères d'accès à une prestation versée par l'un des pays. Le principe de proratisation s'applique aux prestations de longue durée: les coûts sont répartis en fonction de la part censée revenir à chacun.

Après la Deuxième Guerre mondiale, les accords internationaux concernant les personnes migrantes

en général et la sécurité sociale en particulier se sont multipliés. Les traités d'après-guerre ont favorisé la circulation des groupes de travailleurs migrants. Ils portaient sur des questions spécifiques comme le recrutement, la supervision des contrats de travail, la simplification du départ et de l'accueil, l'égalité des rémunérations par rapport aux ressortissants nationaux, le regroupement familial, les accidents du travail et la sécurité sociale ⁽⁴²⁾.

Le développement des accords bilatéraux de sécurité sociale depuis la Deuxième Guerre mondiale s'est produit en majorité dans les pays européens, en réponse à la migration communautaire massive de main-d'œuvre dans les années 50 et 60 et au début des années 70. Entre 1946 et 1966, c'est-à-dire en vingt ans, 401 accords bilatéraux de sécurité sociale ont été signés; dans 94 % des cas, les deux parties étaient européennes ⁽⁴³⁾. Ces traités d'après-guerre étaient plus sophistiqués que ceux d'avant-guerre ⁽⁴⁴⁾, mais reposaient néanmoins sur les principes de suppression de la discrimination directe (par le biais du principe d'égalité de traitement), d'élimination de la discrimination indirecte (grâce à la totalisation des périodes d'assurance et à l'exportabilité des prestations) et d'attribution des responsabilités (en déterminant la part des prestations que chaque pays doit verser).

III. ORIGINES DE LA COORDINATION DANS L'HISTOIRE DES ACCORDS MULTILATÉRAUX

La multiplication des accords et traités bilatéraux en matière de sécurité sociale pour protéger les travailleurs migrants a été encouragée par l'Organisation internationale du travail (OIT) ⁽⁴⁵⁾. L'OIT a été

⁽³⁹⁾ Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, Londres, Mansell; Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower; Nagel, S., et Thalamy, C. (1994), *Le droit international de la sécurité sociale*, Paris, Presses universitaires de France.

⁽⁴⁰⁾ Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, Londres, Mansell.

⁽⁴¹⁾ Ibid.

⁽⁴²⁾ Dummett, A. (1986), «Nationality and Immigration Status», dans Dummett, A. (ed.), *Towards a Just Immigration Policy*, Londres, Cobden Trust.

⁽⁴³⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower.

⁽⁴⁴⁾ Ibid.

⁽⁴⁵⁾ Ibid.

fondée en 1919, après la Première Guerre mondiale, «afin que tout soit mis en œuvre pour améliorer la condition des travailleurs et permettre par là même l'avènement d'une paix universelle et durable» ⁽⁴⁶⁾. Le travail de l'OIT consiste à élaborer des normes internationales et à en assurer le contrôle au travers de conventions et de recommandations. L'une de ses fonctions importantes est d'aider les pays membres à concevoir et mettre en place des systèmes de sécurité sociale et des accords bilatéraux sur la sécurité sociale.

Lors de sa toute première session en 1919, l'OIT élabore une «recommandation sur la réciprocité de traitement» ⁽⁴⁷⁾ et six ans plus tard, lors de sa septième session en 1925, elle instaure la «convention n° 19 concernant l'égalité de traitement des travailleurs étrangers et nationaux en matière de réparation des accidents du travail», qui garantit aux personnes victimes d'accidents du travail survenus dans l'un des autres pays signataires de la convention, l'égalité de traitement concernant les dédommagements, sans conditions de résidence ⁽⁴⁸⁾.

Dix ans plus tard, en 1935, l'OIT rédige la «convention sur la conservation des droits à pension des migrants» (n° 48), qui garantit l'égalité de traitement et la conservation des droits en cours d'acquisition et des droits acquis dans l'assurance invalidité-vieillesse-décès grâce à la totalisation des périodes d'assurance pour les personnes, quelle que soit leur nationalité, qui ont été affiliées à des institutions d'assurance de deux ou plusieurs membres, ainsi que le paiement des prestations acquises si les personnes:

- a) résident sur le territoire d'un pays membre, quelle que soit leur nationalité;
- b) sont des ressortissants d'un pays membre, quel que soit leur lieu de résidence.

⁽⁴⁶⁾ <http://www.ilo.org>

⁽⁴⁷⁾ Organisation internationale du travail (1996), *International Labour Conventions and Recommendations 1919-1951*, Bureau international du travail, Genève.

⁽⁴⁸⁾ Ibid.

La convention exige également que les autorités ainsi que les institutions d'assurance des membres se prêtent mutuellement leurs bons offices:

«dans la même mesure que s'il s'agissait de l'application de leur propre législation d'assurance sociale. Elles procèdent notamment aux vérifications et enquêtes ainsi qu'aux expertises médicales nécessaires en vue d'établir, sur demande d'une institution de tout membre, si les bénéficiaires de prestations à la charge de cette institution remplissent les conditions y donnant droit» ⁽⁴⁹⁾.

L'article 20 crée une commission composée d'un délégué par membre ainsi que de trois personnes désignées respectivement par les représentants au conseil d'administration du Bureau des gouvernements, des employeurs et des travailleurs. La commission établit son règlement et, sur demande d'un ou de plusieurs membres intéressés, recommande les modalités d'application de la convention ⁽⁵⁰⁾.

Peu après la Seconde Guerre mondiale, en novembre 1949, les cinq membres du pacte de Bruxelles (Belgique, France, Luxembourg, Pays-Bas et Royaume-Uni) signent à Paris deux accords multilatéraux sur la sécurité sociale. Le premier concerne l'assistance sociale et médicale, tandis que le second vise à relier les différents accords bilatéraux établis jusqu'alors par les pays membres. La Belgique, la France et l'Italie en 1951, puis la France, l'Italie et la Sarre en 1952 ont conclu des accords de ce type ⁽⁵¹⁾. Cependant, les ambitions du Conseil de l'Europe d'étendre le pacte de Bruxelles à tous ses membres ont été contrariées par l'absence d'accords bilatéraux entre de nombreux États membres ⁽⁵²⁾. En attendant qu'un tel réseau soit mis en place, le Conseil a conclu deux accords intéri-

⁽⁴⁹⁾ Ibid.

⁽⁵⁰⁾ La convention a été initialement ratifiée par la Hongrie et l'Espagne en 1937, puis par les Pays-Bas et la Pologne l'année suivante (1938). (L'Italie l'a ratifiée après la Seconde Guerre mondiale, en 1952.) La convention n° 48 a été révisée par la convention n° 157 et n'est plus ouverte à ratification.

⁽⁵¹⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower.

⁽⁵²⁾ Ibid.

maires en décembre 1953. Le premier porte sur l'invalidité-vieillesse-décès et le second sur les autres branches de la sécurité sociale. L'OIT a également conclu différents traités concernant des groupes spécifiques de travailleurs comme les bateliers rhénans, les travailleurs des transports internationaux, les réfugiés ou les apatrides ⁽⁵³⁾.

IV. LE TRAITÉ DE ROME

Le traité de Rome, qui institue la CEE, est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1958. Il garantit la libre circulation des marchandises, des services, des capitaux et de la main-d'œuvre. La libre circulation de la main-d'œuvre a pour objectif une mise en adéquation de l'offre et de la demande. D'un point de vue politique, l'Italie, victime d'un chômage persistant, surtout dans le Sud, réclamait lors des négociations, qu'au moment du recrutement les chômeurs issus de la CEE soient prioritaires ⁽⁵⁴⁾. Le traité redéfinit le concept de migration par le terme de libre circulation ⁽⁵⁵⁾. Les premières mesures transitoires ont été adoptées en 1961 dans le règlement n° 15/61 qui stipule la levée progressive des contrôles sur l'immigration faisant obstacle à la libre circulation, et la protection des postes des travailleurs déjà présents sur le territoire d'un autre État membre. La deuxième mesure, le règlement n° 38/64/CEE ⁽⁵⁶⁾ adopté trois ans plus tard, a renforcé les droits des travailleurs migrants s'ils sont ressortissants d'un État membre et sont présents dans un autre, tandis qu'à la fin de la période de transition, le règlement (CEE) n° 1612/68 ⁽⁵⁷⁾ a défini les règles de libre circulation des travailleurs, que viennent compléter les exigences de procédure stipulées dans la directive

68/360/CEE ⁽⁵⁸⁾. Le règlement (CEE) n° 1612/68 a été modifié et la directive 68/360/CEE abrogée par la directive 2004/38/CE ⁽⁵⁹⁾.

Les rédacteurs du traité de Rome ont reconnu que les différents systèmes de sécurité sociale, qui contenaient des clauses limitant les droits aux prestations, pouvaient constituer un facteur dissuasif pour la mobilité des travailleurs entre les États membres et faire obstacle au droit de libre circulation établi dans le traité. Ils ont envisagé deux approches pour résoudre les problèmes de sécurité sociale. L'une consistait à harmoniser les différents systèmes de sécurité sociale des pays membres. L'autre résidait dans leur coordination.

Il existe deux types d'harmonisation ⁽⁶⁰⁾. Le premier, appelé parfois «approximation», consiste à instaurer un système légal commun dans un domaine particulier. Ce type d'harmonisation limite le développement futur du système légal national. Le second prône la définition de normes minimales. Les États membres peuvent développer leur système national à leur convenance à condition qu'ils respectent ces normes minimales ⁽⁶¹⁾.

Dans le traité de Paris, l'harmonisation des systèmes de sécurité sociale prend la forme d'un engagement entre la France et les autres pays membres à mettre en place des charges sociales et salariales communes dans l'ensemble de la CECA ⁽⁶²⁾. Reprenant les inquiétudes déjà formulées au tournant du siècle lors des négociations du premier accord bilatéral avec l'Italie, la France affirme lors des négocia-

⁽⁵³⁾ Ibid.

⁽⁵⁴⁾ Hantrais, L. (2007), *Social Policy in the European Union*, 3^e éd., Basingsstoke, Macmillan; et voir Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower, pour un exposé détaillé du rôle de l'Italie dans les négociations sur la libre circulation des travailleurs.

⁽⁵⁵⁾ Guild, E. (2006), «More or Less Migrants: The Legal Regulation of Migration and Age in Europe», présenté à la conférence «Pensioners on the Move», université nationale de Singapour, du 5 au 7 janvier 2006.

⁽⁵⁶⁾ Règlement n° 38/64/CEE, JO 62 du 17.4.1964.

⁽⁵⁷⁾ Règlement (CEE) n° 1612/68, JO L 257 du 19.10.1968.

⁽⁵⁸⁾ Guild, E. (2006), «More or Less Migrants: The Legal Regulation of Migration and Age in Europe», présenté à la conférence «Pensioners on the Move», université nationale de Singapour, du 5 au 7 janvier 2006.

⁽⁵⁹⁾ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

⁽⁶⁰⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower; Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, Londres, Mansell.

⁽⁶¹⁾ Ibid.

⁽⁶²⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower; Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, Londres, Mansell.

tions instituant la CECA que ses coûts de production sont plus élevés que ceux des autres États membres en raison de meilleures conditions sur le plan des congés, de l'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes et du niveau général des salaires. Selon elle, c'est un handicap sur un marché commun. Les autres partenaires de la négociation considèrent que l'harmonisation des charges sociales et salariales est «prématurée sur le plan de l'organisation et impossible dans la pratique» ⁽⁶³⁾. En conséquence, le traité de Paris stipule que les salaires restent de la compétence des États membres, mais que la Haute Autorité peut intervenir, dans certaines conditions précisées dans le traité, en cas de salaires anormalement bas ou de réductions salariales exagérées ⁽⁶⁴⁾.

Lors des négociations du traité de Rome, la France insiste à nouveau sur la nécessité d'inclure dans le traité des dispositions en matière d'harmonisation sociale ⁽⁶⁵⁾. Néanmoins, concernant la sécurité sociale, les personnes chargées d'élaborer le traité de Rome décident d'adopter la méthode de coordination la plus circonspecte et acceptable d'un point de vue politique.

Il s'agit de mettre en adéquation les systèmes de sécurité sociale afin que les droits des migrants qui quittent leurs régimes nationaux soient protégés et maintenus intacts dans tous leurs aspects ⁽⁶⁶⁾.

L'article 51 (aujourd'hui 42) du traité stipule:

«Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251, adopte dans le domaine de la sécurité sociale les mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs, en insti-

tuant notamment un système permettant d'assurer aux travailleurs migrants et à leurs ayants droit:

- a. la totalisation, pour l'ouverture et le maintien du droit aux prestations, ainsi que pour le calcul de celles-ci, de toutes périodes prises en considération par les différentes législations nationales;*
- b. le paiement des prestations aux personnes résidant sur les territoires des États membres».*

Cependant, les États membres conservent leur souveraineté nationale en matière de sécurité sociale et l'article 51 stipule également que le Conseil doit statuer à l'unanimité sur l'ensemble de la procédure visée à l'article 251.

Les premières mesures adoptées pour coordonner la sécurité sociale sont le règlement n° 3 de 1958 ⁽⁶⁷⁾ et le règlement n° 4 ⁽⁶⁸⁾ lequel fixe les modalités d'application du premier et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1959. L'origine des règlements n° 3 et n° 4 est antérieure au traité de Rome et remonte au traité de Paris. L'un des objectifs de ce traité était d'assurer la libre circulation des mineurs de charbon. Les problèmes de sécurité sociale étaient considérés comme un obstacle en la matière ⁽⁶⁹⁾. L'article 69, paragraphe 4, du traité instituant la CECA stipule:

«Ils [les États membres] interdiront toute discrimination dans la rémunération et les conditions de travail entre travailleurs nationaux et travailleurs immigrés, sans préjudice des mesures spéciales intéressant les travailleurs frontaliers; en particulier, ils rechercheront entre eux tous arrangements qui demeureront nécessaires pour que les dispositions relatives à la sécurité sociale ne fassent pas obstacle aux mouvements de main-d'œuvre» ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶³⁾ Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, Londres, Mansell.

⁽⁶⁴⁾ Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, Londres, Mansell; Hantrais, L. (2007), *Social Policy in the European Union*, 3^e éd., Basingstoke, Macmillan.

⁽⁶⁵⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower.

⁽⁶⁶⁾ Pennings, F. (2003), *Introduction to European Social Security Law*, 4^e éd., Anvers, Intersentia.

⁽⁶⁷⁾ Règlement n° 3, 1958, JO 561.

⁽⁶⁸⁾ Règlement n° 4, 1958, JO 597.

⁽⁶⁹⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower.

⁽⁷⁰⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower; Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, Londres, Mansell.

En vertu de cette disposition, la Haute Autorité a préparé, avec l'aide de l'OIT, une convention européenne sur la sécurité sociale. Cette convention a été signée à Rome en 1957, mais n'a pas été ratifiée en raison de l'avènement du traité instituant la CEE ⁽⁷¹⁾.

Après quelques modifications mineures, le texte de la convention a été adopté par le Conseil le 25 septembre 1958 (règlement n° 3). Les modalités administratives préparées pour la convention ont été adoptées le 3 décembre 1958 (règlement n° 4). Trois autres règlements sont venus compléter le système pour les travailleurs frontaliers, les travailleurs saisonniers et les marins, non couverts par les dispositions du règlement n° 3 ⁽⁷²⁾.

Le règlement n° 3 assure la coordination au travers des principes déjà évoqués, développés dans les accords bilatéraux, à savoir l'égalité de traitement: la discrimination fondée sur la nationalité est interdite pour garantir qu'une personne résidant sur le territoire d'un État membre sera soumise aux mêmes obligations et bénéficiera des mêmes droits que les citoyens de ce pays; des règles sont établies pour déterminer de quelle législation nationale dépend la personne; les droits en cours d'acquisition sont protégés grâce au mécanisme consistant à totaliser les périodes d'assurance, de résidence ou d'emploi accomplies dans chaque pays pour déterminer un droit dans un autre État membre; enfin, les droits acquis sont protégés par l'exportabilité de certaines prestations. Cependant, le règlement n° 3 élargit le champ d'application de ces principes par rapport aux accords internationaux précédents sur la sécurité sociale ⁽⁷³⁾. Il va plus loin dans l'élimination des clauses de résidence. Pour la première fois, le règlement n° 3 formule une règle générale (plutôt qu'une exception) concernant l'exportation de

certaines prestations ⁽⁷⁴⁾. Les règlements n° 3 et n° 4 exigent aussi des institutions de la sécurité sociale des États membres qu'elles se prêtent mutuellement leurs bons offices dans l'administration des règlements, avec le soutien d'une commission administrative créée à cet effet, composée d'un représentant de chaque État membre et d'un secrétariat désigné par la Commission ⁽⁷⁵⁾.

Ce qui distingue le règlement n° 3 de tous les autres accords bilatéraux et multilatéraux, c'est qu'il est appliqué dans le cadre institutionnel de la Communauté économique européenne. En 1959, date d'entrée en vigueur du règlement n° 3, le pouvoir législatif appartient au Conseil des ministres, composé de représentants des gouvernements des États membres. Le Conseil n'est autorisé à prendre des décisions que sur l'initiative de la Commission.

La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) est chargée de garantir une interprétation uniforme des lois de l'UE dans tous les États membres ⁽⁷⁶⁾. La CJCE ne statue pas directement sur des litiges particuliers dans le domaine de la sécurité sociale. Ses jugements se limitent à une interprétation au cas par cas des dispositions communautaires concernées. Cette interprétation a néanmoins force obligatoire à l'égard de toutes les parties concernées ⁽⁷⁷⁾. Depuis le tout début, la CJCE a joué un rôle fondamental dans la définition et le déploiement de la coordination de la sécurité sociale. Depuis 1959, la Cour a prononcé plus de 600 arrêts sur l'interprétation des règlements de coordination ⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷¹⁾ Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, Londres, Mansell; Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower.

⁽⁷²⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower.

⁽⁷³⁾ Ibid.

⁽⁷⁴⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower; Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, Londres, Mansell.

⁽⁷⁵⁾ Ibid.

⁽⁷⁶⁾ Pennings, F. (2003), *Introduction to European Social Security Law*, 4^e éd., Intersentia, Anvers.

⁽⁷⁷⁾ Commission européenne: DG Emploi, affaires sociales et égalité des chances (<http://ec.europa.eu/social/>).

⁽⁷⁸⁾ Ibid.

V. ÉVOLUTION PRÉCOCE

Très rapidement, on s'est rendu compte que ces nouveaux règlements complexes mettaient en lumière un certain nombre d'erreurs et d'omissions et dès 1963, la Commission a entrepris des travaux de révision, extension et simplification du règlement n° 3, à peine cinq ans après son introduction ⁽⁷⁹⁾. Trois ans plus tard, la Commission proposait un nouveau règlement au Conseil. Après de longues négociations — qualifiées de «très, très, très, très, très dures» par l'un des participants ⁽⁸⁰⁾ — et plusieurs reformulations, le règlement (CEE) n° 1408/71 ⁽⁸¹⁾ est adopté par le Conseil le 14 juin 1971, suivi du nouveau règlement d'exécution, le règlement (CEE) n° 574/72 ⁽⁸²⁾, en mars 1972. Le nouveau système entre en vigueur en octobre 1972 ⁽⁸³⁾.

Le règlement (CEE) n° 1408/71 est une version plus élaborée du règlement n° 3, qui prend en compte les lacunes et les problèmes techniques devenus manifestes avec le règlement précédent et identifiés ou créés par la CJCE ⁽⁸⁴⁾.

Bien que les propositions d'origine de la Commission aient souvent été édulcorées lors des négociations du Conseil, l'élimination des clauses de résidence a progressé ⁽⁸⁵⁾. Le champ d'application matériel a été étendu aux prestations familiales, outre les allocations familiales déjà couvertes par le règlement n° 3. De plus, d'autres clauses ont été supprimées concernant les indemnités de maladie et les prestations de soins de santé; on a notamment réduit le nombre de cas dans lesquels l'autori-

sation pouvait être refusée ⁽⁸⁶⁾. Le nouveau règlement institue également le Comité consultatif pour la sécurité sociale des travailleurs migrants tout en maintenant le rôle de la commission administrative ⁽⁸⁷⁾.

À l'instar du règlement n° 3, le règlement (CEE) n° 1408/71 assure la coordination au moyen des quatre grandes méthodes décrites précédemment qui ont évolué au fur et à mesure de la mise en place d'accords bilatéraux en Europe dans la première moitié du XX^e siècle: la discrimination fondée sur la nationalité est interdite; des règles sont établies pour déterminer de quelle législation nationale dépend la personne; les droits en cours d'acquisition sont protégés grâce au mécanisme consistant à totaliser les périodes d'assurance et/ou de résidence accomplies dans chaque pays; enfin, les droits acquis sont protégés par l'exportabilité de certaines prestations.

La possibilité d'exporter/transférer les prestations est garantie par l'article 10, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 1408/71, qui stipule:

«À moins que le présent règlement n'en dispose autrement, les prestations en espèces d'invalidité, de vieillesse ou de survivants, les rentes d'accident du travail ou de maladie professionnelle et les allocations de décès acquises au titre de la législation d'un ou de plusieurs États membres ne peuvent subir aucune réduction, ni modification, ni suspension, ni suppression, ni confiscation du fait que le bénéficiaire réside sur le territoire d'un État membre autre que celui où se trouve l'institution débitrice.»

Le principe de transférabilité varie selon les prestations ⁽⁸⁸⁾. Le principe de territorialité continue de s'appliquer, intégralement ou en partie, pour les prestations de courte durée. Les prestations de

⁽⁷⁹⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower; Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, Londres, Mansell.

⁽⁸⁰⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower.

⁽⁸¹⁾ Règlement (CEE) n° 1408/71, JO 149 du 5.7.1971.

⁽⁸²⁾ Règlement (CEE) n° 574/72, JO L 74 du 27.3.1972.

⁽⁸³⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower.

⁽⁸⁴⁾ Ibid.

⁽⁸⁵⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower; Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, Londres, Mansell.

⁽⁸⁶⁾ Holloway, J. (1981), *Social Policy Harmonisation in the European Community*, Farnborough, Gower.

⁽⁸⁷⁾ Ibid.

⁽⁸⁸⁾ Cornelissen, R. (1996), «The Principle of Territoriality and the Community Regulations on Social Security (Regulations 1408/71 and 574/72)», *Common Market Law Review*, vol. 33, p. 439.

maladie et de maternité sont exportables dans certaines conditions limitées, tandis que les allocations de chômage sont exportables pendant trois mois au maximum. Un travailleur peut toucher les allocations familiales même si les membres de sa famille vivent dans un autre pays que celui où il travaille. Les soins de santé sont généralement fournis par le pays de résidence et les coûts sont remboursés par le pays compétent.

Le règlement (CEE) n° 1408/71 s'applique à «toutes les législations relatives aux branches de sécurité sociale énumérées par la convention n° 102 de l'OIT, qui concernent: a) les prestations de maladie et de maternité; b) les prestations d'invalidité, y compris celles qui sont destinées à maintenir ou à améliorer la capacité de gain; c) les prestations de vieillesse; d) les prestations de survivants; e) les prestations d'accident du travail et de maladie professionnelle; f) les allocations de décès; g) les prestations de chômage; h) les prestations familiales» (article 4, paragraphe 1).

Cependant, le règlement ne s'applique ni à l'assistance sociale et médicale, ni aux régimes de prestations en faveur des victimes de la guerre ou de ses conséquences, ni aux régimes spéciaux des fonctionnaires ou du personnel assimilé (article 4, paragraphe 4). Parce qu'il fallait déterminer le champ d'application matériel de ce règlement, et en particulier définir ce que l'on entend par sécurité sociale et par assistance sociale, les citoyens, la Commission, le Conseil, le Parlement et les États membres ont été impliqués dans le développement progressif d'une jurisprudence que nous allons aborder dans la section suivante.

VI. LES DÉFIS D'UN ENVIRONNEMENT DYNAMIQUE

L'environnement d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 a changé à plusieurs égards depuis son élaboration et sa négociation au début des années 60.

En 1958 et en 1971, le règlement ne concernait que les six membres fondateurs de la CEE: l'Allemagne de l'Ouest, la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas. Aujourd'hui, il concerne les 27 membres de l'UE. À l'exception (partielle) des Pays-Bas, les six membres d'origine partageaient un système de sécurité sociale similaire basé sur le modèle du gagne-pain masculin et des droits dérivés pour les femmes et les enfants. Avec l'adhésion du Danemark, de la Finlande, de l'Irlande, du Royaume-Uni et de la Suède, une nouvelle philosophie s'est imposée, avec des systèmes basés sur la résidence et financés par le mécanisme général d'imposition ⁽⁸⁹⁾.

Parallèlement, la nature des migrations a évolué. Dans les années 50 et 60 et au début des années 70, le travailleur migrant type était l'ouvrier masculin qui prenait un poste à temps plein et retournait dans son pays d'origine à la fin de sa vie professionnelle ⁽⁹⁰⁾. Aujourd'hui, la typologie de la migration est beaucoup plus variée, avec notamment des cadres, des spécialistes, beaucoup plus de femmes et une grande mobilité transfrontalière de certains travailleurs ⁽⁹¹⁾.

De plus, depuis le traité d'Amsterdam, la migration ne concerne pas seulement les travailleurs. Comme nous l'avons déjà souligné, la libre circulation a été introduite au départ comme un droit économique fondamental (Communauté économique européenne) et limité aux travailleurs et à leur famille. La libre circulation est aujourd'hui une liberté fondamentale du citoyen européen ⁽⁹²⁾.

L'évolution de la migration reflète en partie l'évolution des modèles de vie professionnelle: augmentation des taux de participation des femmes, développe-

⁽⁸⁹⁾ Sakslin, M. (2000), «The Concept of Residence and Social Security: Reflections on Finnish and Swedish and Community Legislation», *European Journal of Migration and Law*, Kluwer Law International; Langer, R., et Sakslin, M. (eds) (2004), *Co-ordinating Work-based and Residence-based Social Security*, université de Helsinki.

⁽⁹⁰⁾ Jorens, Y., Lhernould, J.-P., Fillon, J.-C., Roberts, S., et Spiegel, B. (2008), «Towards a new framework for applicable legislation», Think Tank Report, *Training and Reporting on European Social Security*, Commission européenne/université de Gand.

⁽⁹¹⁾ Ibid.

⁽⁹²⁾ White, R. (2005), «The citizen's right to free movement», *European Business Law Review*.

ment des emplois temporaires et à temps partiel, changements d'activités et reconversions de plus en plus fréquents chez les travailleurs et diversification des carrières professionnelles.

Les modèles de vie professionnelle ont évolué parallèlement aux changements démographiques et sociaux. On observe le déclin amplement décrit de la «famille traditionnelle», avec une augmentation des taux de divorce, des couples en union libre, des parents célibataires, des couples non séparés mais vivant séparément ou des relations homosexuelles⁽⁹³⁾. Aujourd'hui, les familles dites «atypiques» sont majoritaires dans de nombreux pays. Par ailleurs, avec l'augmentation du niveau de vie et les progrès médicaux, la longévité de la population s'accroît et de plus en plus de gens vivent les dernières années de leur vie dans un état de dépendance.

Cette évolution démographique, sociale et du marché du travail représente de nouveaux enjeux pour la sécurité sociale. En réponse au vieillissement de la population, les États membres augmentent l'âge de la retraite et réforment les systèmes de retraite pour alléger la pression sur les régimes publics de retraite. Face à ce nouveau «risque» de longévité, de nouvelles prestations de soins de longue durée ont été introduites.

L'évolution du degré de parité entre les sexes dans le monde du travail et des arrangements familiaux a aussi généré de nouvelles exigences en matière de sécurité sociale. Le principe d'égalité de traitement et d'individualité des droits remet en cause le modèle du gagne-pain masculin.

Cette évolution, à son tour, remet en question les fondements mêmes de la coordination. Certains soutiennent que l'adhésion de pays dont le système est basé sur la résidence et financé par le mécanisme d'imposition général, ainsi que l'évolution des modèles de travail et de mobilité remet-

tent en cause l'argument théorique justifiant la règle de l'État d'emploi⁽⁹⁴⁾, et se demandent s'il ne faudrait pas remplacer la règle *lex loci laboris*⁽⁹⁵⁾, si le principe d'assurance sous une seule législation est toujours approprié⁽⁹⁶⁾ — il a été suggéré que l'arrêt Bosmann (C-352/06) pouvait marquer la fin du principe d'effet exclusif⁽⁹⁷⁾ — et s'il ne faudrait pas définir des règles spéciales pour certaines catégories de personnes⁽⁹⁸⁾.

Si les principes fondamentaux permettant de déterminer la législation applicable demeurent les mêmes pour la plupart (du moins pour le moment), les principes qui à l'origine déterminaient les champs d'application personnel et matériel sont de plus en plus remis en question par l'évolution qui, sur le plan des individus, se traduit par la remise en cause du principe fondamental de réciprocité sur lequel sont basés tous les règlements de coordination précédents et, sur le plan matériel, entraîne un relâchement du lien fondamental entre coordination et travail.

⁽⁹⁴⁾ Numhauser-Henning, A., «Pension Rights and the EC Coordination Rules on Applicable Legislation in the Light of Migration and Labour-Market Developments», rapport, thème III, «Libre circulation et transfert des droits de sécurité sociale», VII^e congrès régional européen de droit du travail et de la sécurité sociale, Stockholm, du 4 au 6 septembre 2002 (compte rendu du congrès, 50 pages). Également dans Blanpain (ed.), «Collective Bargaining, Discrimination, Social Security and European Integration», *Bulletin of Comparative Labour Relations*, Kluwer, 2003; Jorens, Y., Lhernould, J.-P., Fillon, J.-C., Roberts, S., et Spiegel, B. (2008), «Towards a new framework for applicable legislation», Think Tank Report, *Training and Reporting on European Social Security*, Commission européenne/université de Gand.

⁽⁹⁵⁾ Christensen, A., et Malmstedt, M. (2000), «Lex Loci Laboris versus Lex Loci Domicilii — an Inquiry into the Normative Foundations of European Social Security Law», *European Journal of Social Security*, vol. 2, n° 1, 2000. Pennings, F. (2004), «Has the State-of-Employment Principle Become Outdated?», dans Langer, R., et Sakslin, M. (eds), *Coordinating Work-based and Residence-based Social Security*, université de Helsinki. Pennings, F. (2005), «Co-ordination of Social Security on the Basis of the State-of-Employment Principle: Time for an Alternative?», *Common Market Law Review*, vol. 42, n° 1; Jorens, Y., et Hajdú, J. (2008), *European Report, Training and Reporting on European Social Security* (trESS), Commission européenne/université de Gand; Jorens, Y., Lhernould, J.-P., Fillon, J.-C., Roberts, S., et Spiegel, B. (2008), «Towards a new framework for applicable legislation», Think Tank Report, *Training and Reporting on European Social Security*, Commission européenne/université de Gand; Coucheir, M., Sakslin, M., Giubboni, S., Martinsen, D., et Verschueren, H. (2008), «The relationship and interaction between the coordination Regulations and Directive 2004/38/EC», Think Tank Report, *Training and Reporting on European Social Security*, Commission européenne/université de Gand.

⁽⁹⁶⁾ Jorens, Y., Lhernould, J.-P., Fillon, J.-C., Roberts, S., et Spiegel, B. (2008), «Towards a new framework for applicable legislation», Think Tank Report, *Training and Reporting on European Social Security*, Commission européenne/université de Gand.

⁽⁹⁷⁾ Ibid.

⁽⁹⁸⁾ Groupe d'experts de l'EER (2008), «Realising a single labour market for researchers», rapport du groupe d'experts de l'EER, DG Recherche, Commission européenne, Bruxelles.

⁽⁹³⁾ Roberts, S., Stafford, B., Duffy, D., Ross, J., et Unell, J. (2009), «Literature review on the impact of family breakdown on children», rapport à la Commission européenne VT/2007/118.

Champ d'application personnel

En réponse aux définitions très larges des «travailleurs salariés et assimilés» données par la CJCE ⁽⁹⁹⁾, le règlement (CEE) n° 1408/71 redéfinit le champ d'application personnel fixé par le règlement n° 3 en stipulant qu'il s'applique aux:

«travailleurs salariés qui sont ou ont été soumis à la législation de l'un ou de plusieurs États membres et qui sont des ressortissants de l'un des États membres ou bien des apatrides ou des réfugiés résidant sur le territoire d'un des États membres ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants».

Le champ d'application personnel a ensuite été étendu, intégrant les travailleurs non salariés en 1982, des régimes spéciaux pour les fonctionnaires en 1998 — règlement (CE) n° 1606/98 ⁽¹⁰⁰⁾ —, les étudiants en 1999 — règlement (CE) n° 307/1999 ⁽¹⁰¹⁾ — et les ressortissants de pays tiers en 2003 — règlement (CE) n° 859/2003 ⁽¹⁰²⁾.

Le fait d'intégrer dans le champ d'application de la coordination les ressortissants de pays tiers va à l'encontre du principe fondamental de réciprocité appliqué dans tous les règlements de coordination précédents.

Le règlement (CE) n° 859/2003 marque le point culminant d'un processus long et contesté (Roberts, 2000) ⁽¹⁰³⁾. L'histoire remonte au livre vert de 1993, planifié pour coïncider avec la ratification du traité

de Maastricht ⁽¹⁰⁴⁾. La Commission européenne propose dans le livre blanc suivant, daté de juillet 1994, d'étendre dans un premier temps les prestations de soins de santé visées au règlement (CEE) n° 1408/71 aux ressortissants de pays tiers travaillant ou résidant régulièrement dans l'Union. L'objectif est de mettre fin aux multiples discriminations dont souffrent ces personnes lorsqu'elles séjournent de façon temporaire dans un autre État membre, parce qu'elles ne sont pas couvertes par les mesures de coordination ⁽¹⁰⁵⁾.

En novembre 1994 à Porto, la Commission a annoncé son intention d'étendre l'article 22 du règlement (CEE) n° 1408/71. Elle a annoncé en même temps qu'elle comptait, à plus long terme, étendre l'ensemble du règlement (CEE) n° 1408/71 aux ressortissants des pays tiers résidant régulièrement dans l'UE ⁽¹⁰⁶⁾.

La proposition était fondée sur les articles 42 (auparavant 51) et 308 (auparavant 235), qui exigent tous deux l'unanimité. Un seul État membre pouvait donc bloquer cette proposition en vertu de l'un ou l'autre de ces articles.

Lorsque la Commission a soumis officiellement sa proposition au Conseil dans le groupe «Questions sociales», le Royaume-Uni a mis son veto, puis a bloqué à nouveau la proposition lorsqu'elle a été soumise au Coreper ⁽¹⁰⁷⁾ en novembre 1995. En conséquence, la proposition a été rejetée par le

⁽⁹⁹⁾ Watson, P. (1980), *Social Security Law of the European Communities*, Londres, Mansell.

⁽¹⁰⁰⁾ Règlement (CE) n° 1606/98 (JO L 209 du 25.7.1998, p. 1).

⁽¹⁰¹⁾ Règlement (CE) n° 307/1999 (JO L 38 du 12.2.1999).

⁽¹⁰²⁾ Règlement (CE) n° 859/2003 (JO L 124 du 20.5.2003); Pieters, D. (1997), «Enquiry into the Legal Foundations of a Possible Extension of Community Provisions on Social Security to Third-Country Nationals Residing and/or Working in the European Union», dans Schoukens, P. (ed.), *Prospects of Social Security Co-ordination*, Leuven; Verschueren, H. (1997), «EC Social Security Coordination excluding Third Country Nationals: Still in Line with Fundamental Rights after the Gaygusuz Judgment», *Common Market Law Review*, vol. 34, p. 991; Jorens, Y., et Schulte, B. (1998), *European Social Security Law and Third Country Nationals*, Die Keure la Charte, Bruges.

⁽¹⁰³⁾ Roberts, S. (2000), «Our view has not changed: The UK's response to the proposal to extend coordination of social security to third country nationals», *European Journal of Social Security*, vol. 2, n° 2.

⁽¹⁰⁴⁾ Commission européenne (1993), «Politique sociale européenne: Options pour l'Union», livre vert, COM(93) 551, DG V, Bruxelles.

⁽¹⁰⁵⁾ Commission européenne (1994), «Politique sociale européenne — Une voie à suivre pour l'Union», livre blanc, COM(94) 333 du 27 juillet, DG V, Bruxelles.

⁽¹⁰⁶⁾ Commission européenne (1995), *Sécurité sociale en Europe — Égalité entre les nationaux et les non-nationaux*, Lisbonne, Departamento de Relacoes Internacionais e Convencoes de Seguranca Social.

⁽¹⁰⁷⁾ Le groupe «Questions sociales» et le Comité des représentants permanents (Coreper) sont des organes du Conseil organisés de façon hiérarchique. Les questions non résolues par le groupe «Questions sociales» sont transmises au Coreper qui est chargé de préparer les réunions du Conseil et doit décider des points à soumettre aux ministres et de la façon de les présenter. S'il existe des aspects litigieux et qu'aucune solution n'est trouvée au niveau du groupe «Questions sociales», les représentants du Coreper, placés plus haut dans la hiérarchie, essayent de trouver un terrain d'entente. S'ils n'y parviennent pas, le Coreper peut décider soit de soumettre la proposition au Conseil des ministres, soit de la renvoyer au groupe «Questions sociales» ou à la Commission européenne.

Conseil lorsqu'il a adopté le règlement (CE) n° 3095/95 en novembre 1995 ⁽¹⁰⁸⁾.

Le 12 novembre 1997, la Commission a réitéré sa proposition d'étendre le règlement (CEE) n° 1408/71 ⁽¹⁰⁹⁾ et les Conseils européens de Tampere, Nice, Laeken et Stockholm ont insisté sur la nécessité urgente d'envisager l'extension des droits sociaux, y compris des droits de sécurité sociale, aux ressortissants de pays tiers. À Laeken, on a proposé de changer la base juridique et de ne plus s'en référer aux articles 42 et 308, mais à l'article 63, paragraphe 4, du traité CE. Le Royaume-Uni, qui avait une position particulière concernant le titre IV du traité, a obtenu le droit de participer au cas par cas aux mesures (hors Schengen) en vertu du protocole n° 4 ⁽¹¹⁰⁾. Le règlement (CE) n° 859/2003 a été adopté le 14 mai 2003.

Champ d'application matériel

Le champ d'application matériel est confronté à la diversité des systèmes en place dans les nouveaux États membres et à l'introduction de nouveaux types de prestations dans tous les États membres. En raison de la liste limitée fournie par la convention n° 102 de l'OIT, la classification des nouvelles prestations s'avère parfois problématique. Par exemple, il est difficile de savoir dans quelle catégorie placer les prestations de soins de longue durée ⁽¹¹¹⁾. Alors que certains pays considèrent qu'il s'agit de prestations spéciales non contributives, la CJCE a conclu qu'il s'agissait de prestations de mala-

die ⁽¹¹²⁾ en dépit de certaines caractéristiques attestant du caractère forcé de cette classification au chapitre Maladie. Il est d'ailleurs probable qu'il faille ajouter un nouveau chapitre pour classer de façon adéquate ce type de prestations.

L'assistance sociale est exclue de la coordination. Pourtant, dans la plupart des pays membres, l'assistance sociale ne dépend plus du bon vouloir du boucher, du boulanger, de l'homme d'église ou du magistrat local mais s'est progressivement convertie en un droit fondé sur une base juridique. De plus, de nombreux pays ont introduit des prestations non contributives, par exemple pour répondre aux besoins spécifiques des personnes handicapées, rendant plus floues les limites entre l'assurance sociale contributive et l'assistance sociale non contributive, d'où un chevauchement des critères traditionnels d'ouverture des droits ⁽¹¹³⁾. Déterminer ce qui relève de l'assistance sociale, et est donc exclu de la coordination, constitue un problème qui a été débattu en justice et la CJCE a dû statuer à plusieurs reprises, depuis l'affaire Frilli (C-1/72) ⁽¹¹⁴⁾ jusqu'à l'affaire Newton (C-356/89) ⁽¹¹⁵⁾, en faveur d'une intégration des prestations dans le champ d'application des règlements de coordination, qu'elles soient considérées ou non comme des mesures d'assistance sociale par les États membres, si elles étaient basées sur l'ouverture des droits (affaire Frilli, C-1/72) et liées à l'un des imprévus énumérés à l'article 4, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 1408/71 (affaire Hoeckx, C-248/83) ⁽¹¹⁶⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ Règlement (CEE) n° 3095/95 du 22 décembre, JO L 335 du 30.12.1995.

⁽¹⁰⁹⁾ Proposition de règlement (CE) du Conseil modifiant le règlement (CEE) n° 1408/71 en ce qui concerne son extension aux ressortissants de pays tiers, COM(97) 561 final du 12 novembre 1997.

⁽¹¹⁰⁾ L'Irlande a bénéficié du même arrangement que le Royaume-Uni. Quant au Danemark, il ne peut pas participer au cas par cas, mais garde la possibilité d'adhérer pleinement au titre IV (protocole n° 5 du TUE). House of Lords Select Committee on European Union Sixteenth Report, 27 mars 2003.

⁽¹¹¹⁾ Martinsen, D. (2007), «The Social Policy Clash: EU Cross-Border Welfare, Union Citizenship and National Residence Clauses», présenté lors de la 10^e conférence biennale (2007) de l'EUSA (European Union Studies Association), 17-19 mai 2007, Montréal; Jorens, Y., et Hajdú, J. (2008), *European Report, Training and Reporting on European Social Security* (trESS), Commission européenne/université de Gand.

⁽¹¹²⁾ Jorens, J., et Hajdú, J. (2008), *European Report, Training and Reporting on European Social Security* (trESS), Commission européenne/université de Gand.

⁽¹¹³⁾ Pieters, D. (1997), «Towards a Radical Simplification of the Social Security Co-ordination», dans Schoukens, P. (ed.), *Prospects of Social Security Co-ordination*, Leuven, Uitgeverij Acco, cité par Martinsen, D. (2007), «The Social Policy Clash: EU Cross-Border Welfare, Union Citizenship and National Residence Clauses», présenté lors de la 10^e conférence biennale (2007) de l'EUSA (European Union Studies Association), 17-19 mai 2007, Montréal; Pennings, F. (2003), *Introduction to European Social Security Law*, 4^e éd., Anvers, Intersentia.

⁽¹¹⁴⁾ Affaire 1/72, Frilli, 1972, Rec. p. 471.

⁽¹¹⁵⁾ Affaire 356/89, Newton, 1991, Rec. p. 3017.

⁽¹¹⁶⁾ Affaire 249/83, Hoeckx, 1985, Rec. p. 982; Pennings, F. (2003), *Introduction to European Social Security Law*, 4^e éd., Anvers, Intersentia; Martinsen, D. (2007), «The Social Policy Clash: EU Cross-Border Welfare, Union Citizenship and National Residence Clauses», présenté lors de la 10^e conférence biennale (2007) de l'EUSA (European Union Studies Association), 17-19 mai 2007, Montréal.

Cependant, la Cour a également établi que les prestations comme le revenu garanti aux personnes âgées contesté dans l'affaire Frilli (C-1/72) n'entrent dans le champ d'application de la coordination que si elles concernent un «travailleur salarié ou assimilé qui a effectué des périodes de travail dans un État membre, y réside et y bénéficie d'un droit à pension» ⁽¹¹⁷⁾.

Dans l'affaire Newton (C-356/89), la CJCE a estimé que l'allocation britannique de mobilité en question remplissait les critères nécessaires pour entrer dans le champ d'application de la coordination, et s'est appuyée sur l'arrêt Frilli pour établir une distinction entre les personnes ayant été soumises à la législation de l'État membre concerné par la demande de prestations et les personnes ayant été uniquement soumises à la législation d'un autre État membre, les premières étant les seules à avoir droit aux prestations. La Cour a repris l'argumentaire de l'arrêt Frilli (C-1/72), à savoir qu'il s'agissait d'une condition nécessaire pour protéger la stabilité des systèmes de prestations aux personnes handicapées sous condition de résidence. En conséquence, M. Newton, qui n'avait pas été soumis à la législation britannique, n'a pas pu exporter son allocation de mobilité en France ⁽¹¹⁸⁾.

Cependant, le raisonnement de la Cour dans cette série d'arrêts a généré un «développement non intentionnel et inopportun de la jurisprudence» ⁽¹¹⁹⁾ et le 30 avril 1992, à la suite de l'affaire Newton, le Conseil a adopté le règlement (CEE) n° 1247/92 pour stopper cette tendance regrettable ⁽¹²⁰⁾. Néanmoins, cette action ne saurait être qualifiée de simple réflexe dans la mesure où une proposition avait déjà été présentée à la Commission sept années auparavant, mais s'était endiguée dans les

débats au sein du Conseil ⁽¹²¹⁾. Il a été suggéré que l'intervention de la CJCE était due en partie à une «lenteur excessive» de la part du corps législatif, qui obligeait la Cour à statuer sur des questions qui relevait normalement du Conseil ⁽¹²²⁾. Quoiqu'il en soit, à cette occasion, les conclusions de la Cour ont permis de canaliser les esprits et le règlement (CEE) n° 1247/92 a créé une nouvelle catégorie de «prestations spéciales à caractère non contributif» entrant dans le domaine de la coordination; il s'agit des prestations destinées soit à couvrir, à titre supplétif, complémentaire ou accessoire, les éventualités correspondant aux branches visées à l'article 4, paragraphe 1, points a) à h), soit uniquement à assurer la protection spécifique des handicapés ⁽¹²³⁾. L'État membre et le corps législatif décident d'un commun accord des prestations à inclure dans la catégorie des prestations spéciales à caractère non contributif, qui sont ensuite répertoriées dans l'annexe II *bis* du règlement (CEE) n° 1408/71.

Les prestations spéciales non contributives ne sont pas exportables. La CJCE a par la suite confirmé cette position lors de deux affaires au Royaume-Uni: l'affaire Snares (C-20/96) ⁽¹²⁴⁾ et l'affaire Partridge (C-297/97) ⁽¹²⁵⁾. Cependant, la non-exportabilité des prestations spéciales non contributives a été contestée et la CJCE a dû clarifier les limites entre sécurité sociale, assistance sociale et prestations spéciales à caractère non contributif dans plusieurs affaires, ce qui a réduit le contenu de l'annexe II *bis*, tandis que la catégorie «sécurité sociale» a grossi ⁽¹²⁶⁾. Dans l'affaire Jauch (C-215/99) ⁽¹²⁷⁾, la CJCE a conclu que pour qu'une prestation — dans

⁽¹¹⁷⁾ Pennings, F. (2003), *Introduction to European Social Security Law*, 4^e éd., Anvers, Intersentia.

⁽¹¹⁸⁾ Ibid.

⁽¹¹⁹⁾ Martinsen, D. (2007), «The Social Policy Clash: EU Cross-Border Welfare, Union Citizenship and National Residence Clauses», présenté lors de la 10^e conférence biennale (2007) de l'EUSA (European Union Studies Association), 17-19 mai 2007, Montréal.

⁽¹²⁰⁾ Ibid.

⁽¹²¹⁾ Pennings, F. (2003), *Introduction to European Social Security Law*, 4^e éd., Anvers, Intersentia.

⁽¹²²⁾ Sakslin, M. (2000), «Social Security Co-ordination — Adapting to Change», *European Journal of Social Security*, vol. 2, n° 2.

⁽¹²³⁾ Sanchez-Rodas Navarro, C. (1997), *La aplicación del derecho comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*, Grenade.

⁽¹²⁴⁾ Affaire C-20/96, Snares, 1997, Rec. p. I-6057.

⁽¹²⁵⁾ Affaire C-297/96, Partridge/Adjudication Officer, 1998, Rec. p. I-3467.

⁽¹²⁶⁾ Martinsen, D. (2007), «The Social Policy Clash: EU Cross-Border Welfare, Union Citizenship and National Residence Clauses», présenté lors de la 10^e conférence biennale (2007) de l'EUSA (European Union Studies Association), 17-19 mai 2007, Montréal; Jorens, Y., et Hajdú, J. (2008), *European Report, Training and Reporting on European Social Security* (trESS), Commission européenne/université de Gand.

⁽¹²⁷⁾ Affaire C-215/99, Jauch, 2001, Rec. p. I-1901.

ce cas, une prestation autrichienne pour soins de santé (*Pflegegeld*) — soit considérée comme une prestation spéciale à caractère non contributif, il ne suffit pas qu'elle figure à l'annexe II *bis*; il faut aussi qu'elle soit effectivement «spéciale» et «non contributive» selon les critères établis ⁽¹²⁸⁾. Ce point a été repris dans des affaires ultérieures, par exemple les affaires Leclere et Deaconescu (C-43/99) ⁽¹²⁹⁾, Hosse (C-286/03) ⁽¹³⁰⁾ et Hendrix (C-287/05) ⁽¹³¹⁾.

Le règlement (CEE) n° 1408/71 a été modifié par le règlement (CE) n° 647/2005 ⁽¹³²⁾ pour tenir compte de ces arrêts. Cependant, en juillet 2005, la Commission a lancé un recours en annulation contre le Conseil des ministres et le Parlement européen ⁽¹³³⁾. Selon la Commission, en adoptant le règlement (CE) n° 647/2005, le Conseil et le Parlement ont adopté les critères dégagés par la CJCE pour la coordination des prestations spéciales et non contributives, mais n'ont pas tiré toutes les conséquences de ces critères lorsqu'ils ont repris dans la liste des prestations admises à figurer dans l'annexe II *bis*, les allocations finlandaises de soins pour enfants, les allocations suédoises d'invalidité et de soins pour enfants handicapés et les allocations britanniques de garde, d'aide d'une tierce personne et de subsistance pour handicapés, et qui, de l'avis de la Commission, ne remplissent pas les critères de prestations «spéciales» au sens de l'article 4, paragraphe 2 *bis*, de ce même règlement ⁽¹³⁴⁾.

Le jugement, rendu en octobre 2007, conclut que ces prestations — à l'exception de l'élément «mobilité» de l'allocation britannique de subsistance pour handicapés — sont des prestations de maladie au

sens de l'article 4, paragraphe 1, point a) du règlement (CEE) n° 1408/71 et que, par conséquent, elles ne doivent pas être incluses dans l'annexe II *bis* et sont exportables ⁽¹³⁵⁾.

VII. MODERNISATION ET SIMPLIFICATION

La longévité du règlement (CEE) n° 1408/71 s'est avérée bien supérieure à celle du règlement n° 3 précédent. En raison de l'évolution constante des systèmes de protection sociale des États membres et des nombreux arrêts prononcés par la CJCE, le règlement a été révisé presque tous les ans. Cependant, cette révision incessante a généré plus de complexité, d'où des difficultés opérationnelles et des problèmes de fond, tandis que des lacunes ont été mises en évidence par l'évolution de la démographie, du marché du travail et des accords sociaux dans les États membres.

La modernisation et la simplification de la coordination ont été proposées pour la première fois lors du Conseil européen d'Édimbourg en 1992, pour rendre les règlements plus efficaces et plus faciles d'utilisation et tenir compte de ce contexte changeant. Après de longues discussions, le règlement (CE) n° 883/2004 ⁽¹³⁶⁾ a été adopté par le Parlement européen et le Conseil, le 29 avril 2004; il coordonnera la sécurité sociale des personnes qui exercent leur droit de libre circulation au sein de l'UE à partir du début du printemps 2010 ⁽¹³⁷⁾.

Le chemin entre Édimbourg et l'entrée en vigueur imminente du règlement (CE) n° 883/2004 a été difficile. En effet, comme nous l'avons déjà expliqué, la

⁽¹²⁸⁾ Fitzpatrick, P. (2007), «The Right to Reside Test and Regulation 1408/71», présentation au séminaire trESS, Londres, 20 avril 2007; Martinsen, D. (2007), «The Social Policy Clash: EU Cross-Border Welfare, Union Citizenship and National Residence Clauses», présenté lors de la 10^e conférence biennale (2007) de l'EUSA (European Union Studies Association), 17-19 mai 2007, Montréal.

⁽¹²⁹⁾ Affaire C-43/99, Leclere, 2001, Rec. p. I-4265.

⁽¹³⁰⁾ Affaire C-286/03, Hosse, 2006, Rec. p. I-01771.

⁽¹³¹⁾ Affaire C-287/05, Hendrix, 2007, Rec. p. I-6909.

⁽¹³²⁾ Règlement (CE) n° 647/2005, JO L 117 du 2.5.2005, p. 1.

⁽¹³³⁾ Affaire C-299/05, Commission/Conseil et Parlement.

⁽¹³⁴⁾ Affaire C-299/05, Commission/Conseil et Parlement; Fitzpatrick, P. (2006), «Exporting AA, CA and DLA to other EEA member states», *Welfare Rights Bulletin* 191, CPAG.

⁽¹³⁵⁾ Roberts, S. (2007), «UK Report», *Training and Reporting on European Social Security* (trESS), Commission européenne/université de Gand.

⁽¹³⁶⁾ Règlement (CE) n° 883/2004, JO L 166 du 30.4.2004, p. 1.

⁽¹³⁷⁾ Au moment de la rédaction de cet article, la date d'entrée en vigueur du nouveau règlement de coordination est fixée au 1^{er} mars 2010. Cela suppose que toutes les procédures législatives nécessaires soient achevées en juin 2009, si l'on compte ensuite trois mois pour la publication au Journal officiel et six mois de période de transition prévus par le règlement lui-même. Cependant, dans ce cas, il semble prudent de suivre le conseil d'Amartya Sen qui affirme qu'il vaut mieux avoir vaguement raison que précisément tort.

base juridique (articles 42 et 308 du traité CE) exige l'unanimité du Conseil et, depuis le traité d'Amsterdam en 1997, une codécision avec le Parlement européen. En 1998, la Commission a soumis une proposition pour moderniser et simplifier les dispositions du règlement (CEE) n° 1408/71 ⁽¹³⁸⁾. Cette proposition a été étudiée durant les présidences finlandaise, portugaise, française et suédoise, chacune ayant soumis un rapport d'étape au Conseil. En général, les rapports ne constatent que peu de progrès.

Lors du Conseil de Stockholm en mars 2001, il a été décidé qu'avant la fin de l'année, il fallait se mettre d'accord sur les «paramètres» des procédures de modernisation du règlement (CEE) n° 1408/71 de façon que le Conseil et le Parlement européen puissent procéder à son adoption. Ces paramètres, qui ont été introduits lors de la présidence belge, ont été définis comme «les options de base adoptées par le Conseil à la lumière desquelles le règlement doit être modernisé». Les 12 paramètres qui soulignent les points d'accord en vue d'un consensus ont permis des avancées considérables lors des présidences espagnole, danoise, grecque, italienne et suivantes.

Le nouveau règlement issu de ce processus n'est pas radicalement différent du règlement (CEE) n° 1408/71. Les changements proposés initialement par la Commission étaient plus ambitieux (champ d'application matériel non limitatif, champ d'application personnel ouvert, assimilation étendue des faits, proratisation du remboursement des soins de santé pour les retraités, exportabilité des prestations de chômage pendant six mois), mais ils ont été édulcorés lors des négociations, lorsque chaque État membre a fait part de ses préoccupations, priorités et limites. L'objectif principal a alors changé: il fallait simplifier et rationaliser les règles, procédures et concepts existants tout en maintenant les principes directeurs et les éléments essentiels. Néanmoins, là encore, la réforme a étendu le champ d'application personnel et matériel de la coordination et

renforcé le principe d'égalité de traitement, ainsi que l'assimilation transfrontalière des faits et le principe d'unicité de la législation applicable ⁽¹³⁹⁾; de nouvelles règles ont été approuvées concernant les travailleurs frontaliers, les prestations familiales et de santé ont été révisées et l'on a introduit les prestations de paternité, ainsi qu'un nouveau chapitre pour coordonner en partie les indemnités de retraite anticipée. Cependant, les prestations de soins de longue durée restent en dehors du champ d'application de la coordination, tandis que l'introduction de régimes par capitalisation complique la réforme des retraites. La jurisprudence issue des affaires Kohll (C-158/96) ⁽¹⁴⁰⁾ et Decker (C-129/95) ⁽¹⁴¹⁾ jusqu'à l'affaire Watts (C-372/04) ⁽¹⁴²⁾ n'a pas été intégrée, mais fera l'objet d'une directive séparée sur l'application des droits des patients dans les soins de santé transfrontaliers ⁽¹⁴³⁾. Notons que le nouveau règlement étendra le champ d'application à toutes les personnes couvertes par un régime de protection, y compris si elles ne sont pas actives sur le plan économique.

Les nouveaux outils et procédures de coopération sont stipulés dans le nouveau règlement d'exécution ⁽¹⁴⁴⁾, qui témoigne des efforts du Conseil, de la Commission européenne et du Parlement pour améliorer la délivrance des prestations entrant dans le domaine de la coordination. Cela démontre

⁽¹³⁸⁾ Proposition de règlement (doc. 5133/99 SOC 5), COM(1998) 779 final.

⁽¹³⁹⁾ Cornelissen, R., «Regulation (EC) 883/2004 and its implementing regulation», présentation au séminaire trESS, Royaume-Uni, 19 juin 2009 (<http://www.tress-network.org/TRESSNEW/>).

⁽¹⁴⁰⁾ Affaire C-158/96, Kohll, 1998, Rec. p. I-1935.

⁽¹⁴¹⁾ Affaire C-120/95, Decker, 1998, Rec. p. I-1871.

⁽¹⁴²⁾ Affaire C-372/04, Watts. Voir Coucheir, M., et Jorens, Y., «Patient Mobility in the European Union — The European Framework in Relation to Patient Mobility», rapport rédigé pour le 6^e projet-cadre européen «Europe pour les patients», Commission européenne, DG Recherche, Bruxelles; Coucheir, M., et Jorens, Y. (2007), «Options for legal change in the field of patient mobility», rapport rédigé pour le 6^e projet-cadre européen «Europe pour les patients», Commission européenne, DG Recherche, Bruxelles; Martinsen, D., et Vrangbæk, K. (2008), «The Europeanisation of Health Care Governance — Implementing the Market Imperatives of Europe», *Public Administration*, vol. 86, n° 1; Martinsen, D. (2004), *European Institutionalisation of social security rights: A Two Layered Process of Integration*, thèse de doctorat, Florence, Institut universitaire européen, citée par Ferrera, M. (2005), *The Boundaries of Welfare*, Oxford University Press.

⁽¹⁴³⁾ http://ec.europa.eu/health/ph_overview/co_operation/healthcare/cross-border_healthcare_fr.htm

⁽¹⁴⁴⁾ Michard, H., «Modernised EU social Security Coordination», présentation au séminaire trESS, Royaume-Uni, 19 juin 2009 (<http://www.tress-network.org/TRESSNEW/>).

que la qualité des services prend de l'importance au sein de l'Union européenne ⁽¹⁴⁵⁾. Le deuxième considérant du préambule du règlement d'exécution stipule qu'une coopération plus efficace et plus étroite entre les institutions de sécurité sociale est un facteur essentiel pour permettre aux personnes concernées par le règlement (CE) n° 883/2004 de faire valoir leurs droits dans les meilleurs délais et dans les meilleures conditions possibles, tandis que le sixième considérant stipule que le renforcement de certaines procédures devrait apporter plus de sécurité juridique et de transparence: «La fixation de délais communs pour l'accomplissement de certaines obligations ou de certaines étapes administratives, notamment, devrait contribuer à clarifier et structurer les relations entre les personnes assurées et les institutions.»

L'article 89, paragraphe 1, du nouveau règlement d'exécution établit la compétence communautaire pour la surveillance de la qualité des services. L'article 89, paragraphes 1 et 3, assure la transparence en chargeant la commission administrative de faire connaître aux intéressés leurs droits ainsi que les formalités administratives à accomplir pour les faire valoir. L'article 16, paragraphe 3, sur la législation applicable, l'article 60, paragraphe 3, sur les prestations familiales et l'article 72, paragraphe 2, sur la récupération de prestations indues contiennent des dispositions indiquant les conséquences si les délais administratifs ne sont pas respectés.

La portée des exigences stipulées à l'article 89, paragraphe 1, du règlement d'exécution est considérablement élargie du fait de l'introduction de l'échange électronique d'informations sur la sécurité sociale [*Electronic Exchange of Social Security Information* (EESSI)] en réponse à l'article 4, paragraphe 2. L'EESI offre de nouvelles possibilités pour gérer les études individuelles et permet de recueillir une grande variété d'informations de gestion.

VIII. CONCLUSION

Les règlements de coordination de l'UE témoignent d'un niveau inégalé d'ambition dans les objectifs visés, et de sophistication dans les moyens mis en œuvre pour atteindre ces objectifs. Pendant cinquante ans, les règlements ont étendu et transformé les principes de coordination élaborés dans la première moitié du XX^e siècle. L'extension de la coordination aux ressortissants des pays tiers ⁽¹⁴⁶⁾, sans qu'aucun droit ne soit garanti en retour, va à l'encontre du principe fondamental de réciprocité, tandis que l'extension du champ d'application personnel aux personnes «non actives» et du champ d'application matériel aux prestations non contributives et aux prestations spéciales non contributives — sans oublier l'intervention de la Cour qui, à maintes reprises, a redéfini des prestations spéciales non contributives comme relevant de la «sécurité sociale» — entraîne un relâchement des liens avec le marché du travail.

Depuis le traité d'Amsterdam, l'objectif doit être de garantir à tous les citoyens une coordination complète. Les débats virulents sur le champ d'application matériel sont loin d'être abstraits en dépit de leur technicité. Cependant, certains citoyens sont plus égaux que d'autres avec le régime de coordination actuel. Les origines de la coordination dans les régimes d'assurance liés au travail continuent de créer une hiérarchie en matière de coordination, qui n'est pas neutre sur le plan des caractéristiques personnelles. Les personnes qui sont, ou ont été, les plus proches du marché du travail sont celles qui bénéficient du plus haut degré de coordination et ont donc le plus de possibilités de jouir de leur droit de libre circulation. Celles dont le parcours n'est pas totalement conforme au modèle d'assurance peuvent être soumises à un régime de coordination différent. Quant à celles dont le dossier d'assurance

⁽¹⁴⁵⁾ Pollitt, C., et Bouckaert, G. (2004), *Public Management Reform: A Comparative Analysis*, 2^e éd., Oxford University Press.

⁽¹⁴⁶⁾ L'article 42 du traité n'est pas un fondement juridique approprié pour inclure les ressortissants des pays tiers dans la coordination et un autre règlement parallèle reste nécessaire. Voir Cornelissen, R., «Regulation (EC) 883/2004 and its implementing regulation», présentation au séminaire trESS, Royaume-Uni, 19 juin 2009 (<http://www.tress-network.org/TRESSNEW/>).

est incomplet, elles peuvent nécessiter une assistance sociale ou des prestations spéciales à caractère non contributif qui n'entrent que partiellement, voire pas du tout, dans le champ d'application de la coordination. C'est le cas des personnes handicapées auxquelles l'égalité en matière de libre circulation est habituellement refusée du fait de la non-exportabilité de la plupart des prestations qui leur sont versées car définies comme «spéciales à caractère non contributif» et reléguées à l'annexe II bis.

Les femmes sont également victimes de discrimination en raison de parcours différents de ceux des hommes. Étant donné qu'elles sont beaucoup plus susceptibles qu'eux d'assumer les tâches non rémunérées au foyer, il est beaucoup plus probable que leur historique de cotisation sera fragmenté et qu'elles auront besoin de faire appel à des prestations non contributives ou à l'assistance sociale ⁽¹⁴⁷⁾. En conséquence, les femmes sont plus exposées que les hommes au risque de ne pas bénéficier d'une coordination complète et ont donc moins de chances de pouvoir profiter du droit de libre circulation.

Les règlements autorisent les États membres à définir ce qu'ils entendent par «membre d'une famille» dans le domaine de la coordination. C'est pourquoi la discrimination qu'exercent de nombreux pays membres de l'UE envers les homosexuels se retrouve dans la coordination, faisant obstacle à la libre circulation ⁽¹⁴⁸⁾. La discrimination dans les pays membres porte notamment sur la reconnaissance de l'état civil des partenaires de même sexe ⁽¹⁴⁹⁾. Certains pays autorisent les mariages homosexuels; d'autres ont adopté des lois d'union/parténariat

civil; d'autres encore ne reconnaissent pas les relations homosexuelles sur le plan civil, mais octroient certains droits aux partenaires de même sexe. Enfin, certains États membres de l'UE ne reconnaissent pas les relations homosexuelles ⁽¹⁵⁰⁾.

C'est dans le domaine des relations homosexuelles que l'inégalité de traitement est la plus fréquente en ce qui concerne la sécurité sociale ⁽¹⁵¹⁾. Plusieurs pays — qui ne reconnaissent pas les mariages homosexuels — offrent des prestations spécifiques aux personnes mariées ou établissent une discrimination dans les conditions d'accès aux prestations entre les couples mariés et non mariés ou entre les couples homosexuels et hétérosexuels ⁽¹⁵²⁾.

Confrontés à l'extrême diversité des statuts de partenariat et des conditions d'accès aux prestations selon les États membres, les couples homosexuels qui font usage de leur droit de libre circulation peuvent voir leur statut changer s'ils passent d'un régime de droits à un autre, et perdre leurs droits aux prestations et, du même fait, leur droit de libre circulation ⁽¹⁵³⁾.

Il apparaît que ce qui distingue la coordination de l'UE des autres accords bilatéraux et multilatéraux, c'est avant tout son intégration dans le cadre institutionnel de l'Union, le Conseil, le Parlement, la Commission et la CJCE jouant tous un rôle central. Depuis le début, l'intervention de la CJCE dans la définition et l'extension du champ d'application de la coordination de la sécurité sociale s'est avérée

⁽¹⁴⁷⁾ Paskalia, V. (2005), «The (In)visibility of Gender in the New Regulation», *European Journal of Social Security*, vol. 7, n° 3, septembre 2005.

⁽¹⁴⁸⁾ Roberts, S., et Sakslin, M. (2009), «Some are more equal than others: Discrimination in social security and the right of same sex partners to free movement in the EU», *Journal of Poverty and Social Justice*, édition spéciale, n° 3, octobre 2009.

⁽¹⁴⁹⁾ Ottosson, D. (2006), *LGBT World Legal Wrap Up Survey*. Roberts, S., et Sakslin, M. (2009), «Some are more equal than others: Discrimination in social security and the right of same sex partners to free movement in the EU», *Journal of Poverty and Social Justice*, édition spéciale, n° 3, octobre 2009.

⁽¹⁵⁰⁾ Ibid.

⁽¹⁵¹⁾ McColgan, A., Niessen, J., et Palmer, F. (2006), «Comparative analyses on national measures to combat discrimination outside employment and occupation: Mapping study on existing national legislative measures — and their impact in — tackling discrimination outside the field of employment and occupation on the grounds of sex, religion or belief, disability, age and sexual orientation, VT/2005/062»; Roberts, S., et Sakslin, M. (2009), «Some are more equal than others: Discrimination in social security and the right of same sex partners to free movement in the EU», *Journal of Poverty and Social Justice*, édition spéciale, n° 3, octobre 2009.

⁽¹⁵²⁾ Ibid.

⁽¹⁵³⁾ Jorens, Y., et Hajdú, J. (2008), *European Report, Training and Reporting on European Social Security* (trESS), Commission européenne/université de Gand; Roberts, S., et Sakslin, M. (2009), «Some are more equal than others: Discrimination in social security and the right of same sex partners to free movement in the EU», *Journal of Poverty and Social Justice*, édition spéciale, n° 3, octobre 2009.

fondamentale. Elle a prononcé plus de 600 arrêts sur l'interprétation des règlements. Il est probable que la Cour jouera un rôle capital dans l'accès des femmes, des personnes handicapées et des homosexuels à une coordination complète. Cependant, selon une note non datée, trouvée dans les archives du ministère néerlandais des affaires étrangères, les choses auraient pu être différentes et la CJCE aurait pu être totalement écartée. La note néerlandaise laisse entendre que l'intention des six États membres d'origine était d'organiser la coordination de la sécurité sociale à l'échelle intergouvernementale plutôt que dans le cadre communautaire ⁽¹⁵⁴⁾.

La note fait remarquer que la conclusion de la convention européenne sur la sécurité sociale «risque de rendre redondante l'adoption de mesures supplémentaires fondées sur l'article 51 (du traité)».

Manifestement, les négociateurs néerlandais espéraient qu'avec la conclusion du traité instituant la CEE, la convention européenne sur la sécurité sociale (du 9 décembre 1957) contiendrait les mesures «nécessaires» dans le domaine de la sécurité sociale concernant les travailleurs migrants et qu'il ne serait donc pas nécessaire d'adopter d'autres mesures fondées sur l'article 51.

Néanmoins, la note ajoute:

«Le 11 avril, une réunion a été organisée à Bruxelles en vue d'une proposition de règlement du Conseil pour appliquer l'article 51; au cours de cette réunion, les dispositions de la convention de 1957 ont été transformées en une proposition pour un règlement du

Conseil. Lors de cette discussion absolument pas préparée (les documents n'ont été fournis qu'au moment de la réunion), la question de la compétence du Conseil pour adopter un règlement fondé sur l'article 51 (et dont le contenu correspond à la convention du 9 décembre 1957) n'a pas été débattue.»

La note conclut:

«Comme nous l'avons déjà mentionné, le gouvernement néerlandais estime (position partagée par les autres parties lors de la préparation de l'article 51) que la conclusion de la convention du 9 décembre 1957 rendrait redondante l'adoption de mesures supplémentaires fondées sur l'article 51. Mais on inverse le raisonnement. On envisage de renoncer à la ratification de la convention du 9 décembre 1957 et d'en transformer le contenu en un règlement du Conseil fondé sur l'article 51. Or, cette mesure est-elle vraiment nécessaire pour assurer la libre circulation des travailleurs migrants? La réponse à cette question est évidente... Ce n'est que si l'on abandonne la ratification de la convention que les mesures fondées sur l'article 51 s'avèrent nécessaires. Pourtant, on inverse la situation et contrairement à l'idée d'origine, on renonce à la ratification de la convention pour parvenir à la conclusion que l'adoption de mesures basées sur l'article 51 est nécessaire.»

En intégrant directement les «mesures nécessaires» dans le champ d'application du traité de Rome au travers d'un règlement communautaire, la Commission a transféré la législation sur la coordination dans la sphère communautaire et, comme il s'agit d'un règlement du Conseil, dans le domaine de compétence de la CJCE. Si les opinions exprimées dans la note s'étaient imposées, l'histoire de la coordination aurait probablement pris une orientation générale plus westphalienne — et beaucoup moins dynamique.

⁽¹⁵⁴⁾ Je tiens à exprimer mon infinie reconnaissance à Ivo van der Steen, directeur du centre d'expertise sur la législation européenne du ministère néerlandais des affaires étrangères, qui a commenté ce document lors de la conférence à Prague les 7 et 8 mai 2009, à l'occasion du «50^e anniversaire de la coordination communautaire de la sécurité sociale», pour avoir découvert, traduit et interprété cette note. La note (numéro de référence: 33 4ms6 15) a certainement été écrite entre le 11 avril 1958 (date de la première réunion sur la sécurité sociale organisée à Bruxelles par la Commission de la CEE) et le 13 mai 1958 (date d'envoi d'une lettre adressée par le ministre néerlandais des affaires sociales au ministre néerlandais des affaires étrangères et qui ne fait plus mention des objections stipulées dans la note).

LE RÔLE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE DANS LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT DE LA SÉCURITÉ SOCIALE DES PERSONNES CIRCULANT À L'INTÉRIEUR DE L'UNION EUROPÉENNE



Sean Van Raepenbusch ⁽¹⁵⁵⁾

Juge au Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne et professeur à l'Institut d'études européennes (ULB)

Sean Van Raepenbusch est docteur en droit, ancien collaborateur de la Commission européenne (direction générale des affaires sociales et service juridique). Il a été conférencier en droit social européen dans différentes universités belges.

Il travaille à la Cour de justice depuis 1994 et est devenu juge au Tribunal de la fonction publique depuis 2005.

Sean Van Raepenbusch est l'auteur de nombreuses publications, notamment dans le domaine du droit social européen. Citons par exemple: Raepenbusch, S. Van, «Tendances récentes (1998-2003) de la jurisprudence sociale de la Cour de justice des Communautés européennes», *Journal des tribunaux du travail*, 2003, 277-284 et 293-308.

La contribution majeure de la Cour de justice dans l'édification de l'Europe sociale n'est pas à démontrer: elle s'impose à l'évidence à la lecture des nombreux arrêts dans lesquels le juge communautaire s'est efforcé d'interpréter les textes conformément à l'idée de justice sociale et aux exigences de l'intégration européenne au niveau des peuples, telles qu'elles peuvent se dégager des objectifs généraux du traité CE. Ces arrêts témoignent aussi parfois du difficile arbitrage que le juge est amené à devoir faire entre les impératifs économiques du marché intérieur et de la libre concurrence, d'une part, et les objectifs sociaux du traité, d'autre part, tout en tenant compte des compétences des États membres pour aménager leur système de sécurité sociale et fixer l'étendue du devoir de solidarité nationale.

À cet égard, la réglementation communautaire «en matière de sécurité sociale des travailleurs

migrants» ⁽¹⁵⁶⁾, pour reprendre une formule traditionnelle, mais réductrice quant à sa portée véritable, offre un terrain d'élection à l'interprétation du juge, à la fois, en raison de la complexité, voire l'ésotérisme des textes applicables, en constante évolution, mais également en raison de l'objectif fondamental que cette réglementation tend à réaliser, à savoir la libre circulation des personnes à l'intérieur de l'Union européenne, et des principes fondamentaux qui l'encadrent, notamment le principe de l'égalité de traitement, le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux, ou encore à la prévention en matière de santé.

Quelques chiffres permettent de mesurer l'ampleur du dialogue qui s'est noué, au fil des années, entre la Cour et les juridictions nationales à propos de l'inter-

⁽¹⁵⁵⁾ Juge au Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne et professeur à l'Institut d'études européennes (ULB). Les opinions exposées dans cette étude le sont à titre personnel.

⁽¹⁵⁶⁾ Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté et son règlement d'application n° 574/72, de nombreuses fois modifiés, tel que mis à jour par le règlement (CE) n° 118/97 du Conseil du 2 décembre 1996 (JO L 28 du 30.1.1997, p. 1), lui-même plusieurs fois modifié, en dernier lieu, par le règlement (CE) n° 592/2008 [en ce qui concerne les annexes du règlement (CEE) n° 1408/71] et le règlement (CE) n° 120/2009 [en ce qui concerne les annexes du règlement (CEE) n° 574/72].

prétation des règlements (CEE) n° 1408/71 et (CEE) n° 574/72 (et auparavant les règlements n° 3 et n° 4): sur un total de 5 055 arrêts de la Cour rendus, au 31 mars 2009, sur renvoi préjudiciel, 509 arrêts concernent la sécurité sociale des travailleurs migrants, soit près de 1 arrêt sur 10. La proportion était même de l'ordre d'un cinquième, au 1^{er} janvier 1980 (122 arrêts préjudiciels sur un total de 599), avant l'extension considérable des compétences communautaires intervenue après l'entrée en vigueur de l'Acte unique européen et, surtout, du traité de Maastricht.

Il n'est pas inutile, à la veille de l'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement et du Conseil sur la coordination des systèmes de sécurité sociale ⁽¹⁵⁷⁾ (à la suite de l'adoption imminente de son règlement d'application), de tenter de dégager les enseignements les plus précieux de la jurisprudence de la Cour de ces dernières décennies, en ce qui concerne tant le champ d'application (matériel et personnel) de la réglementation et ses rapports avec les conventions internationales bilatérales (I) que les principes directeurs de la coordination communautaire des régimes nationaux de sécurité sociale ⁽¹⁵⁸⁾ (II). Notre ambition n'est évidemment pas d'être exhaustif, mais d'illustrer l'emprise de l'interprétation des textes, à la lumière des objectifs du traité, sur le renforcement de la protection sociale des personnes ayant exercé leur droit de libre circulation à l'intérieur de l'Union.

I. LE CHAMP D'APPLICATION DE LA RÉGLEMENTATION COMMUNAUTAIRE

A. Notion de prestation de sécurité sociale

La Cour a toujours retenu une conception extensive de la notion de sécurité sociale, au sens du règle-

ment (CEE) n° 1408/71, afin de réunir les conditions les plus favorables à la libre circulation des travailleurs. Ceci est d'ailleurs conforme au contenu évolutif, même « attractif », de la sécurité sociale, suivant l'expression de l'avocat général M. Mayras ⁽¹⁵⁹⁾, qui, au-delà de mesures proprement curatives, après la survenance d'un risque social, s'est vu reconnaître la fonction de prévenir les risques, et, au-delà de l'amélioration du niveau de vie, celle d'améliorer la qualité de la vie, voire de promouvoir une certaine politique de l'emploi.

Selon la jurisprudence constante, une prestation doit être considérée comme une prestation de sécurité sociale, d'une part, si elle est octroyée aux bénéficiaires, en dehors de toute appréciation individuelle et discrétionnaire de leurs besoins personnels, sur la base d'une situation légalement définie et, d'autre part, si elle se rapporte à l'un des risques sociaux énumérés expressément à l'article 4, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 1408/71, lesquels correspondent aux branches traditionnelles de la sécurité sociale inventoriés dans la convention n° 102 de l'OIT (voir, par exemple, arrêts du 27 mars 1985, Hoeckx, 249/83, Rec. p. 973, points 12 à 14; du 16 juillet 1992, Hughes, C-78/91, Rec. p. I-4839, point 15; du 18 janvier 2007, Cellozzi, C-332/05, Rec. p. I-563, point 17; du 1^{er} avril 2008, gouvernement de la Communauté française et gouvernement wallon, C-212/06, non encore publié au Recueil, point 17, et du 11 septembre 2008, Petersen, C-228/07, non encore publié au Recueil, point 19).

Ont ainsi été considérés comme des prestations de sécurité sociale au sens du règlement:

- les prestations de dépendance en nature (« soins à domicile »), destinés à améliorer l'état de santé et la qualité de vie des personnes dépendantes, considérées par la Cour comme des prestations de maladie (arrêts du 5 mars 1998, Molenaar, C-160/96, Rec. p. I-843, et

⁽¹⁵⁷⁾ JO L 166, p. 1.

⁽¹⁵⁸⁾ À savoir, les principes d'égalité de traitement, de l'unicité de la législation applicable (en règle générale, la *lex loci laboris*), de la conservation des droits acquis (par l'« exportation » des prestations), de la conservation des droits en cours d'acquisition (par les techniques de la totalisation des périodes d'assurance, d'emploi ou de résidence et de la proratisation des prestations) et, enfin, de la coopération loyale.

⁽¹⁵⁹⁾ Expression empruntée à la jurisprudence administrative française à propos de la notion de « travail public ». Voir les conclusions de l'avocat général Mayras dans l'affaire 1/72 (arrêt du 22 juin 1972, Frilli, Rec. p. 457).

8 mars 2001, Jauch, affaire C-215/99, Rec. p. I-1901);

- les avances sur pension alimentaire, destinées à compenser le préjudice résultant du non-paiement de la pension par l'un des parents, considérées par la Cour comme des prestations familiales (arrêts du 15 mars 2001, Offermanns, C-85/99, Rec. p. I-2261, et du 20 janvier 2005, Laurin Effing, 302/02, Rec. p. I-553). En conséquence, les personnes résidant sur le territoire d'un État membre auxquelles les dispositions de ce règlement sont applicables sont admises au bénéfice d'une telle prestation prévue par la législation de cet État dans les mêmes conditions que les ressortissants nationaux, conformément à l'article 3 dudit règlement (en l'occurrence, les enfants de parents divorcés, de nationalité allemande et résidant en Autriche, avaient sollicité, en raison de l'insolvabilité du père, une avance sur pension alimentaire et s'étaient vu refuser en raison de leur nationalité l'octroi de cette avance) ⁽¹⁶⁰⁾;
- le pécule de vacances accordé au bénéficiaire d'une pension de retraite (arrêt du 20 janvier 2005, Noteboom, C-101/04, Rec. p. I-771);
- l'allocation au profit de travailleurs exposés à l'amiante, rattachée à la branche «prestations d'accident du travail et de maladie professionnelle» (arrêt du 9 novembre 2006, Nemec, C-205/05, Rec. p. I-10745);
- l'avance versée aux demandeurs d'une pension d'invalidité en situation de chômage, dans l'attente d'une décision définitive sur l'octroi d'une telle pension, une telle avance ayant été rattachée à la branche «chômage» (arrêt Petersen, précité);
- ainsi que, de façon générale, les prestations non contributives de type mixte, ces prestations «frontières» issues de l'intégration progressive, constatée dans les droits nationaux,

de l'assistance dans la sécurité sociale ⁽¹⁶¹⁾, et à propos desquelles la Cour de justice a fixé des critères de délimitation de la réglementation communautaire, sans lesquelles elle aurait permis un élargissement quasi illimité de la sécurité sociale au sens du droit communautaire. Cette dernière jurisprudence a conduit le Conseil à introduire des règles particulières de coordination dans le règlement (CEE) n° 1408/71 concernant cette catégorie de prestations ⁽¹⁶²⁾, lesquelles, lorsqu'elles sont mentionnées dans une annexe II *bis* dudit règlement, sont dorénavant servies exclusivement sur le territoire de l'État de résidence et au titre de la législation de cet État, sans possibilité d'exportation, en totalisant, si nécessaire, les périodes d'emploi, d'activité professionnelle ou de résidence accomplies dans tout autre État membre (article 10 *bis*) ⁽¹⁶³⁾.

B. Conception communautaire de la notion de travailleur

Selon une jurisprudence ancienne, inaugurée par l'arrêt Unger ⁽¹⁶⁴⁾, la notion de travailleur relève non du droit interne des États membres, mais du droit communautaire et exige également une interpréta-

⁽¹⁶⁰⁾ On observera que l'article 1^{er}, point z), du règlement (CE) n° 883/2004 exclut de la notion de prestation familiale au sens dudit règlement les avances sur pensions alimentaires.

⁽¹⁶¹⁾ Par exemple les allocations pour handicapés (arrêts du 16 décembre 1976, Inzirillo, 63/76, Rec. p. 2057; du 13 novembre 1974, Costa, 39/74, Rec. p. 1251; du 20 juin 1991, Stanton Newton, C-356/89, Rec. p. I-3017), les revenus pour personnes âgées (arrêts du 22 juin 1972, Frilli, 1/72, Rec. p. 457; du 9 octobre 1974, Biason, 24/74, Rec. p. 999; du 5 mai 1983, Piscitello, 139/82, Rec. p. 1427), certains avantages octroyés à certains chômeurs (arrêt du 2 août 1993, Acciardi, C-66/92, Rec. p. I-4567), les allocations de maternité (arrêt du 10 mars 1993, Commission/Luxembourg, C-111/91, Rec. p. I-840).

⁽¹⁶²⁾ Règlement (CEE) n° 1247/92 du 30 avril 1992, JO L 136, p. 28.

⁽¹⁶³⁾ Cette dérogation au principe de l'exportabilité des prestations de sécurité sociale devant être appliquée restrictivement, elle ne peut s'appliquer qu'aux prestations répondant aux conditions fixées à l'article 4, paragraphe 2 *bis*, du règlement (CEE) n° 1408/71, à savoir celles qui présentent à la fois un caractère spécial et non contributif, ce qui a suscité une nouvelle jurisprudence sur l'appréciation du caractère véritablement spécial et non contributif de certaines prestations mentionnées à l'annexe II *bis* (voir arrêts du 5 mars 1998, Molenaar, 160/96, Rec. p. I-843; à propos des allocations de dépendance autrichiennes, et du 31 mai 2001, Leclere et Deaconesco, 43/99, Rec. p. I-4265, à propos des allocations de maternité luxembourgeoises, considérées par la Cour comme ayant été à tort mentionnées à l'annexe II *bis*). L'article 4, paragraphe 2 *bis*, du règlement (CEE) n° 1408/71 a été modifié en 2005 [règlement (CE) n° 647/2005, JO L 17, p. 1] afin de définir plus précisément les «prestations spéciales en espèces à caractère non contributif».

⁽¹⁶⁴⁾ Arrêt du 19 mars 1964, 75/63, Rec. p. 349.

tion large compte tenu de l'objectif de l'article 42 CE.

Ainsi, il est très vite apparu à la Cour qu'il ne serait pas conforme à l'esprit de la réglementation communautaire de limiter la notion de travailleur aux seuls travailleurs migrants stricto sensu appelés à se déplacer pour l'exercice de leur emploi, mais qu'elle devait comprendre, de façon générale, celui qui séjourne sur le territoire d'une autre État membre, quel que soit le motif de son déplacement ⁽¹⁶⁵⁾, ou encore celui qui est placé dans l'une des situations à caractère international prévues par le règlement». L'absence de tout lien «avec de véritables migrations» a eu pour effet d'estomper la distinction entre travailleurs migrants et travailleurs sédentaires et de provoquer un débordement de la sphère personnelle des règlements du cadre strict des articles 48 à 51 du traité (devenus articles 39 à 42 CE) relatifs à la libre circulation des travailleurs.

En réalité, le champ d'application personnel du règlement (CEE) n° 1408/71 se trouve déterminé, indépendamment de la qualification donnée par le droit interne du travail ou des motifs du déplacement d'un État membre à un autre, par un critère de sécurité sociale, celui-ci s'appréciant au regard de la législation applicable. C'est là, d'ailleurs, l'un des paradoxes de la détermination du champ d'application personnel du règlement: alors qu'elle repose sur l'existence d'une notion proprement communautaire, on n'échappe pas à l'examen des dispositions du droit national applicables.

Dans l'affaire 75/63, Unger, précitée, la Cour jugea que l'expression «travailleurs salariés ou assimilés», au sens de l'article 4 du règlement n° 3, vise «tous ceux qui, en tant que tels et (sous) quelque appellation que ce soit, se trouvent couverts par les différents systèmes nationaux de sécurité sociale» ⁽¹⁶⁶⁾. En d'autres termes, c'est le rattachement à un

régime de sécurité sociale pour les travailleurs salariés qui «ancree» le ressortissant communautaire au règlement n° 3.

La jurisprudence «Unger», qui a largement dépassé les objectifs des auteurs du règlement n° 3 (du fait de l'extension de la sphère des personnes protégées pratiquement à tous les assurés des régimes de sécurité sociale pour travailleurs salariés de la Communauté, sans qu'un lien avec les migrations ne soit requis) a été codifiée par le règlement (CEE) n° 1408/71, dont l'article 1^{er}, point a), définit le travailleur, salarié ou non salarié, par la seule référence au régime de sécurité sociale qui le couvre. En cela la jurisprudence de la Cour dans le domaine de la sécurité sociale a préfiguré, près de trente ans auparavant, l'instauration de la citoyenneté européenne et les droits qui y sont attachés, dont il est question ci-après.

C. Les implications de la citoyenneté européenne

Nous savons que le droit de circuler librement et de séjourner dans tout État membre est, depuis l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, conféré à l'article 18 CE aux citoyens de l'Union, indépendamment de toute activité économique («sous réserve des limitations et conditions prévues par le présent traité et par les dispositions prises pour son application») ⁽¹⁶⁷⁾. Cette réforme importante n'a pas manqué de rejaillir sur l'interprétation du règlement (CEE) n° 1408/71, ainsi qu'en témoigne l'arrêt du 23 novembre 2000, Elsen (affaire C-135/99, Rec. p. I-10409) ⁽¹⁶⁸⁾.

⁽¹⁶⁷⁾ Sont visées les limitations contenues dans la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (JO L 229, p. 35), reprenant celles des trois anciennes directives relatives au droit de séjour des retraités, des inactifs et des étudiants (directives 364/90/CEE et 365/90/CEE, JO L 180, p. 26 et 28, et 93/96/CEE: JO L 317 du 18.12.1993, p. 59), lesquelles subordonnent le droit de séjour notamment à la condition de disposer de moyens de subsistance de telle sorte que les bénéficiaires du droit de séjour ne doivent pas devenir une charge «déraisonnable» pour les finances publiques.

⁽¹⁶⁸⁾ Voir notre étude «Le champ d'application personnel du règlement (CEE) n° 1408/71 et la citoyenneté européenne: du travailleur migrant au citoyen européen», *Journal des tribunaux du travail*, 1997, p. 1.

⁽¹⁶⁵⁾ Arrêts Unger précité, p. 366, et du 11 mars 1965, Bertholet, 31/64, Rec. p. 111, 119.

⁽¹⁶⁶⁾ Voir également arrêts du 19 décembre 1968, De Cicco, 19/68, Rec. p. 689, spéc. p. 700, et du 27 octobre 1971, Janssen, 23/73, Rec. p. 859, point 7.

En l'espèce, M^{me} Ursula Elsen, de nationalité allemande, née en 1951, résidait depuis 1981 en France. Jusqu'en mars 1985, elle a exercé en Allemagne, en qualité de travailleuse frontalière, une activité assujettie à l'assurance obligatoire, avec une interruption entre juillet 1984 et février 1985 en raison d'un congé de maternité à la suite de la naissance de son fils. Depuis lors, M^{me} Elsen n'a plus exercé d'activité assujettie à l'assurance obligatoire, ni en Allemagne ni en France.

La demande de validation des périodes d'éducation de son fils a été rejetée par l'institution compétente allemande au motif que l'éducation de l'enfant avait eu lieu à l'étranger.

Il apparaît donc que M^{me} Elsen n'a jamais travaillé ailleurs qu'en Allemagne, son pays d'origine, bien qu'ayant transféré sa résidence en France et ayant ainsi continué pendant quelque temps à travailler en Allemagne en qualité de travailleuse frontalière avant de cesser toute activité professionnelle à la naissance de son enfant pour s'occuper de son éducation.

Qu'à cela ne tienne! La Cour s'est référée à la fois aux ex-articles 8 A, 48 et 51 du traité (devenus articles 18, 39 et 42 CE) pour considérer que ces articles «font obligation à l'institution d'un État membre de prendre en compte, aux fins de l'octroi d'une pension de vieillesse, les périodes consacrées à l'éducation d'un enfant, accomplies dans un autre État membre, comme si ces périodes avaient été accomplies sur le territoire national, par une personne qui, au moment de la naissance de l'enfant, avait la qualité de travailleur frontalier occupé sur le territoire du premier État membre et résidant sur celui du second État membre».

La Cour est arrivée à cette conclusion après avoir constaté que la législation allemande était effectivement applicable à la situation d'un travailleur qui a cessé toute activité professionnelle en Allemagne et qui réside sur le territoire d'un autre État membre, pour ce qui concerne la prise en compte de

périodes consacrées à l'éducation d'un enfant né alors que le parent travaillait encore en Allemagne en qualité de travailleur frontalier. Cette dernière circonstance «permet, selon la Cour, d'établir un lien étroit entre les périodes d'éducation en cause et les périodes d'assurance accomplies en Allemagne du fait de l'exercice d'une activité professionnelle dans cet État. C'est en effet précisément en raison de l'accomplissement de ces dernières périodes que M^{me} Elsen a demandé à l'institution allemande la prise en compte des périodes subséquentes consacrées à l'éducation de son enfant» (point 26).

L'applicabilité de la législation allemande ayant été ainsi établie, la Cour a jugé que les dispositions nationales qui empêchaient, en l'occurrence, la validation des périodes d'éducation accomplies dans un autre État membre étaient de nature à défavoriser «les ressortissants communautaires ayant exercé leur droit de circuler et de séjourner librement dans les États membres, garanti à l'article 8 A du traité CE» (point 34). Et «d'ajouter que le règlement (CEE) n° 1408/71 lui-même, adopté notamment sur la base de l'article 51 du traité (devenu, après modification, article 42 CE), comporte plusieurs dispositions visant à garantir le bénéfice des prestations de sécurité sociale, à charge de l'État compétent, même lorsque l'assuré, qui a exclusivement travaillé dans son État d'origine, réside ou transfère sa résidence dans un autre État membre. Ces dispositions contribuent assurément à garantir la liberté de circulation des travailleurs, au titre de l'article 48 du traité (devenu, après modification, article 39 CE), mais également des citoyens de l'Union, à l'intérieur de la Communauté, au titre de l'article 8 A du traité» (point 35).

Il apparaît ainsi clairement que, sous l'impulsion de la Cour, les règlements (CEE) n° 1408/71 et (CEE) n° 574/72 sont devenus aussi des instruments destinés à garantir le droit des citoyens européens de circuler et de séjourner librement à l'intérieur de l'Union, indépendamment de l'exercice de toute activité économique.

D. Rapports entre la réglementation communautaire et les conventions bilatérales de sécurité sociale

Conflits entre les règlements et les conventions de sécurité sociale entre États membres

En principe, conformément à l'article 6 du règlement (CEE) n° 1408/71, celui-ci se substitue aux conventions de sécurité sociale antérieures conclues exclusivement entre deux ou plusieurs États membres (lettre a) et à celles conclues entre au moins deux États membres et un ou plusieurs États tiers pour autant que, dans cette dernière hypothèse, il s'agisse de cas dans le règlement desquels aucune institution de l'un des États tiers n'est appelée à intervenir (lettre b) ⁽¹⁶⁹⁾.

Toutefois, une série d'instruments internationaux ont été maintenus en vigueur en vertu de l'article 7 du règlement et peuvent ainsi continuer de produire pleinement leurs effets à l'égard de toutes les situations qu'ils visent ⁽¹⁷⁰⁾.

En dehors de ces cas, le maintien en vigueur d'un accord entre États membres incompatible avec le droit communautaire pourrait être considéré comme constituant un manquement à l'obligation de loyauté énoncée à l'article 10 CE ⁽¹⁷¹⁾.

Il était établi, jusqu'au prononcé de l'arrêt Rönfeldt ⁽¹⁷²⁾, conformément à ce qui vient d'être exposé, que le simple fait qu'une convention de sécurité sociale soit plus avantageuse pour un travailleur migrant que les dispositions du règlement (CEE) n° 1408/71 ne suffit pas à justifier l'exception à la prééminence de celui-ci. Encore fallait-il que les dispositions pertinentes de la convention considérée soient mentionnées à l'annexe III (voir article 7).

Il a ainsi été jugé dans l'affaire 82/72, Walder ⁽¹⁷³⁾, à propos des articles 5 et 6 du règlement n° 3, qui contiennent des dispositions similaires à celles des articles 6 et 7 du règlement (CEE) n° 1408/71, «que ces dispositions laissent clairement apparaître que le principe de la substitution du règlement n° 3 aux dispositions des conventions de sécurité sociale intervenues entre États membres a une portée impérative qui n'admet pas d'exception en dehors des cas expressément stipulés par le règlement».

En première analyse, l'arrêt Rönfeldt semble avoir mis à néant cette analyse, en reprenant le principe dégagé par la Cour dans son arrêt Petroni ⁽¹⁷⁴⁾: si l'article 51 du traité habilite et oblige le Conseil à conférer des droits aux travailleurs migrants, il ne lui permet pas, tant que subsistent des régimes différents de sécurité sociale, de légiférer de manière à priver les travailleurs de droits qui leurs sont reconnus par la loi nationale. Le recours, dans l'affaire Rönfeldt, au principe de l'intangibilité des droits acquis sur la base de la seule législation nationale d'un État membre, indépendamment du droit communautaire, exigea que la Cour assimilât les droits acquis par le seul droit national aux droits acquis au titre d'une convention internationale intégrée dans ce droit national.

L'arrêt Rönfeldt a suscité un certain émoi dans les milieux spécialisés. D'aucuns ont pu regretter que la Cour se soit écartée, dans cette affaire, de la règle simple, quasi automatique et impérative de l'*effet de substitution* du droit communautaire aux conventions de sécurité sociale, à la faveur d'un raisonnement jugé quelque peu périlleux ⁽¹⁷⁵⁾.

L'arrêt Thévenon du 9 novembre 1995 (C-475/93, Rec., p. I-3813) a permis à la Cour, sans doute pas complètement insensible à ces arguments, de strictement limiter les conséquences de l'arrêt Rönfeldt en introduisant une distinction selon que le tra-

⁽¹⁶⁹⁾ Dans le même sens, le règlement d'application se substitue, conformément à son article 5, aux arrangements relatifs à l'application des conventions visées à l'article 6 du règlement (CEE) n° 1408/71.

⁽¹⁷⁰⁾ L'article 5 du règlement (CEE) n° 574/72 prévoit également que sont maintenues en vigueur les dispositions d'application de plusieurs conventions bilatérales visées à l'annexe 5 du même règlement.

⁽¹⁷¹⁾ Arrêt du 27 septembre 1988, Matteucci, 235/87, Rec. p. 5589, point 19.

⁽¹⁷²⁾ Arrêt du 7 février 1991, C-227/89, Rec. p. I-323.

⁽¹⁷³⁾ Arrêt du 7 juin 1973, Rec. p. 599.

⁽¹⁷⁴⁾ Arrêt du 21 octobre 1975, 24/75, Rec. p. 1149.

⁽¹⁷⁵⁾ Voir notre étude, «Les rapports entre le règlement (CEE) n° 1408/71 et les conventions internationales dans le domaine de la sécurité sociale des travailleurs circulant à l'intérieur de la Communauté», *Cahiers de droit européen*, 1991, p. 449.

vaillleur migrant a circulé entre les États concernés avant ou après l'entrée en vigueur du règlement (CEE) n° 1408/71: cette jurisprudence ne s'appliquerait que dans la première hypothèse.

Ainsi, dans l'affaire Rönfeldt, la Cour a été amenée à devoir régler un conflit entre une convention de sécurité sociale germano-danoise de 1953 et certaines dispositions du règlement (CEE) n° 1408/71, à propos de la liquidation de droits à pension en faveur d'un ressortissant allemand, pour des périodes d'assurance accomplies en Allemagne et au Danemark avant l'adhésion de ce dernier État aux Communautés. En accomplissant ces périodes, l'intéressé a pu nourrir des espérances fondées quant à l'application qui lui serait faite, à l'âge de la retraite, des dispositions de la convention de sécurité sociale germano-danoise dès lors que le droit communautaire n'était pas encore applicable dans les relations entre l'Allemagne et le Danemark.

Aussi la Cour a-t-elle pu faire prévaloir, à titre transitoire, en faveur de M. Rönfeldt les dispositions conventionnelles plus favorables, applicables à l'époque de l'accomplissement des périodes d'assurance, sur celles du règlement (CEE) n° 1408/71.

Les circonstances à la base de l'affaire Thévenon — qui concerne également la liquidation de droits à pension au regard d'une convention bilatérale entre États membres antérieure à l'entrée en vigueur des règlements communautaires et plus favorable à l'intéressé — étaient toutes autres: toutes les périodes d'assurance, accomplies en l'occurrence en France et en Allemagne, par M. Thévenon l'avaient été après l'entrée en vigueur du règlement n° 3. Dans ces conditions, la règle de substitution du droit communautaire à la convention franco-allemande de sécurité sociale de 1950 trouvait pleinement à s'appliquer quand bien même la convention aurait été plus favorable aux travailleurs (solution de l'arrêt Walder).

L'arrêt du 5 février 2002, Kaske (C-277/99, Rec. p. I-1261), offre un nouveau cas d'application de la

jurisprudence Rönfeldt en permettant à un ressortissant autrichien de se prévaloir d'une convention plus favorable relative à l'assurance chômage conclue entre la République fédérale d'Allemagne et la République d'Autriche, en lieu et place des dispositions du règlement (CEE) n° 1408/71 ⁽¹⁷⁶⁾ qui avaient pour effet d'écarter le droit à la prestation de chômage autrichienne dont le bénéfice était réclamé. En effet, si le règlement (CEE) n° 1408/71 se substitue normalement aux conventions bilatérales, celles-ci demeurent invocables lorsqu'elles sont plus favorables et concernent des périodes antérieures à l'adhésion. La Cour a observé que les principes dégagés dans son arrêt Rönfeldt avaient précisément «pour seul objet de pérenniser un droit acquis en matière sociale et non organisé dans le cadre du droit communautaire à la date à laquelle le ressortissant d'un État membre qui l'invoque pouvait en bénéficier. Dès lors, la circonstance que le règlement (CEE) n° 1408/71 soit devenu applicable dans l'État membre d'origine d'un ressortissant à la date de l'adhésion de cet État membre à la Communauté européenne est sans incidence sur son droit acquis à bénéficier d'une réglementation bilatérale qui lui était seule applicable au moment où il a exercé un droit de libre circulation... une telle solution repose sur l'idée que l'intéressé était en droit d'avoir une confiance légitime dans le fait qu'il pourrait bénéficier des dispositions de la convention bilatérale» (point 27) ⁽¹⁷⁷⁾.

Conventions bilatérales de sécurité sociale et égalité de traitement

Un autre développement intéressant à signaler dans le contexte des rapports entre le règlement (CEE) n° 1408/71 et les conventions bilatérales de sécurité sociale est celui qui a trait aux implications du principe de l'égalité de traitement.

⁽¹⁷⁶⁾ Les articles 3, 6, 67 et 71 du règlement (CEE) n° 1408/71.

⁽¹⁷⁷⁾ Voir également, en ce sens, arrêt du 18 décembre 2007, Habelt e.a., C-396/05, C-419/05 et C-450/05, Rec. p. I-11895, à propos de l'application, en vue de la liquidation de droits à pensions, d'une convention germano-autrichienne de 1966 à un ressortissant de nationalité allemande qui s'est établi en Autriche aux fins d'y vivre et d'y travailler avant l'entrée en vigueur dans cet État membre du règlement (CEE) n° 1408/71 (dans le cadre de l'Espace économique européen).

La Cour a étendu au domaine de la sécurité sociale ce qu'elle avait jugé à propos des conventions préventives de double imposition (voir arrêt du 21 septembre 1999, Saint-Gobain ZN, C-307/97, Rec. p. I-6161, points 57 à 59). Ainsi, il découle de l'important arrêt du 25 janvier 2002, Gottardo (C-55/00, Rec. p. I-413), «que, dans la mise en œuvre des engagements qu'ils ont contractés en vertu de conventions internationales, qu'il s'agisse d'une convention entre États membres ou d'une convention entre un État membre et un ou plusieurs pays tiers, les États membres sont tenus, sous réserve des dispositions de l'article 307 CE, de respecter les obligations qui leur incombent en vertu du droit communautaire. Le fait que les pays tiers, quant à eux, ne soient tenus au respect d'aucune obligation au titre du droit communautaire n'est, à cet égard, pas pertinent» (point 33).

Aussi, «lorsqu'un État membre conclut avec un pays tiers une convention internationale bilatérale de sécurité sociale, prévoyant la prise en compte des périodes d'assurance accomplies dans ledit pays tiers pour l'acquisition du droit à prestations de vieillesse, le principe fondamental d'égalité de traitement impose à cet État membre d'accorder aux ressortissants des autres États membres les mêmes avantages que ceux dont bénéficient ses propres ressortissants en vertu de ladite convention, à moins qu'il ne puisse avancer une justification objective à son refus» (point 34).

À cet égard, la Cour a estimé que «la remise en cause de l'équilibre et la réciprocité d'une convention internationale bilatérale conclue entre un État membre et un pays tiers peut constituer une justification objective au refus de l'État membre partie à cette convention d'étendre aux ressortissants des autres États membres les avantages que ses propres ressortissants tirent de ladite convention (voir, en ce sens, arrêt Saint-Gobain ZN, précité, point 60)» (point 36).

Cependant, en l'occurrence, le gouvernement italien (qui avait conclu une convention avec la Confédéra-

tion suisse prévoyant la prise en compte par les autorités italiennes, aux fins de l'acquisition du droit à prestation de vieillesse, des périodes d'assurance accomplies dans ce dernier État) n'avait pas établi que les obligations que le droit communautaire lui impose compromettraient celles résultant des engagements pris par la République italienne à l'égard de la Confédération suisse, l'augmentation éventuelle des charges financières par l'Italie et les difficultés administratives liées à la collaboration avec les autorités suisses compétentes ne pouvant justifier le non-respect des obligations découlant du traité.

En conséquence, il incombait aux autorités italiennes de prendre en compte, aux fins de l'acquisition du droit à prestation de vieillesse, les périodes d'assurance accomplies en Suisse par un ressortissant français, lorsqu'en présence des mêmes cotisations, lesdites autorités reconnaissent, en application de la convention internationale bilatérale, la prise en compte de telles périodes accomplies par leurs propres ressortissants.

Cette jurisprudence a pour effet de diminuer l'impact du *principe de réciprocité* qui préside à l'établissement de relations conventionnelles afin de donner plein effet au principe fondamental de l'égalité de traitement dans l'ordre juridique communautaire ⁽¹⁷⁸⁾.

II. LES PRINCIPES DIRECTEURS DE LA COORDINATION COMMUNAUTAIRE

A. Égalité de traitement

C'est évidemment par couches successives, au gré des litiges portés à sa connaissance, que la Cour a

⁽¹⁷⁸⁾ La Commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants a tiré les conséquences de cette jurisprudence en adoptant, le 18 juin 2003, la recommandation n° 22 concernant la jurisprudence Gottardo selon laquelle les avantages découlant d'une convention bilatérale de sécurité sociale entre un État membre et un État tiers pour les travailleurs nationaux doivent être accordés aux travailleurs ressortissants d'autres États membres (JO L 326 du 13.12.2003, p. 35). Le point 2 de cette recommandation prévoit que les nouvelles conventions bilatérales de sécurité sociale comporteront une référence expresse au principe de non-discrimination tel qu'interprété par l'arrêt Gottardo.

échafaudé sa jurisprudence sur l'égalité de traitement en faveur des citoyens de l'Union, par la voie d'une interprétation dynamique du principe de non-discrimination en fonction de la nationalité. Trois traits significatifs de la jurisprudence de la Cour à cet égard méritent d'être soulignés.

Assimilation des faits et principe de l'équivalence

L'une des expressions des plus frappantes de l'égalité de traitement en rapport avec l'exercice du droit de libre circulation est l'*assimilation de faits ou événements* survenus dans un autre État membre à ceux qui auraient dû se produire sur le territoire de l'État d'accueil pour la reconnaissance de certains droits ou avantages conformément à la législation nationale applicable ⁽¹⁷⁹⁾.

S'il est vrai que cette conséquence a rapidement été attachée au principe de l'égalité de traitement par la Cour ⁽¹⁸⁰⁾, la jurisprudence n'en a pas moins été fluctuante, particulièrement dans le domaine de la sécurité sociale, au regard de la territorialité

du service de certaines allocations ⁽¹⁸¹⁾. Aujourd'hui, elle nous semble bien établie dans le sens de la reconnaissance de l'équivalence des situations. La Cour a ainsi jugé que:

- lorsque la législation de l'État membre prestataire d'allocations familiales «exige, comme condition d'octroi de ces allocations, que le membre de la famille du travailleur se tienne à la disposition, comme chômeur, de l'agence pour l'emploi sur le territoire où cette législation s'applique, une telle condition doit être considérée comme remplie lorsque le membre de la famille se tient à disposition, comme chômeur, de l'agence pour l'emploi de l'État membre où il réside» ⁽¹⁸²⁾;
- le droit communautaire s'oppose à ce qu'un travailleur migrant ne puisse se prévaloir, aux fins du calcul d'une pension de vieillesse, de l'assimilation de périodes d'invalidité à des périodes d'activité au seul motif que, lors de la survenance de l'incapacité de travail, il était salarié non pas dans l'État membre en question, mais dans un autre État membre ⁽¹⁸³⁾;
- lorsqu'une législation nationale subordonne le droit à une prestation à une période minimale d'assurance au cours d'une période de référence précédant la survenance du risque tout en permettant, dans certains cas, la prorogation de cette période, une telle législation doit prévoir une possibilité de prorogation de la période de référence lorsque des faits ou circonstances correspondant à ceux qui permet-

⁽¹⁷⁹⁾ Le raisonnement n'est pas tellement éloigné de celui tenu par la Cour dans son célèbre arrêt «Cassis de Dijon» (arrêt du 20 février 1979, Rewe-Zentrale, 120/78, Rec. p. 649), en matière de libre circulation des marchandises, même si la question traitée était plutôt celle de l'entrave. La Cour a jugé que, même en l'absence d'harmonisation des législations nationales, tout produit légalement fabriqué et vendu dans un État membre doit pouvoir, en principe, être commercialisé dans un autre État membre. Outre les exceptions de l'article 30 CE, un État membre ne peut s'opposer à la commercialisation de produits qui ne satisfont pas à sa propre réglementation technique ou commerciale que pour des motifs tirés d'exigences impératives d'intérêt général, tels que la défense des consommateurs, la loyauté des transactions commerciales, la protection de l'environnement, le pluralisme de la presse, etc. Encore faut-il que la réglementation soit indistinctement applicable et adaptée aux nécessités de l'objectif visé. Il ne s'agit rien d'autre que de la mise en application de la technique de la reconnaissance mutuelle (ou de l'équivalence des situations), technique qui a permis au législateur de ne pas déclencher, en bien des domaines, l'action de rapprochement des législations nationales en vue d'assurer le plein effet des libertés de circulation garanties par le traité. Un exemple topique à cet égard peut être trouvé dans l'approche suivie par le Conseil en adoptant, le 21 décembre 1988, la directive 89/48/CEE relative à reconnaissance mutuelle des diplômes d'enseignement supérieur, qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans: approche non plus sectorielle, mais générale, horizontale, reposant sur l'idée de comparabilité des formations, celle que les cycles de formation de niveau universitaire, prévus par les États membres, présentent de larges similitudes.

⁽¹⁸⁰⁾ Voir arrêt du 15 octobre 1969, Ugliola, p. 36, où la Cour a pu assimiler, sur la base du principe de l'égalité de traitement mis en œuvre par l'ancien article 48 CEE, les obligations militaires accomplies dans le pays d'origine à celles accomplies dans l'État d'emploi afin de permettre au travailleur communautaire de bénéficier d'une protection identique à celle du travailleur national sur le plan des conditions d'emploi.

⁽¹⁸¹⁾ Voir les arrêts du 9 juillet 1975, D'Amico, 20/75, Rec. p. 202, à propos de la prise en compte de périodes de chômage accomplies dans un autre État membre en vue de l'acquisition d'un droit à une pension anticipée, et du 1^{er} décembre 1977, Kuyken, 66/76, Rec. p. 2711, où la Cour n'a pas admis, pour l'octroi des allocations de chômage, au titre de la législation d'un État membre, aux anciens étudiants qui n'ont jamais occupé un emploi l'assimilation des études accomplies dans un autre État membre à celles accomplies dans un établissement organisé, reconnu ou subventionné par l'État compétent. Voir également notre ouvrage, *Introduction à la sécurité sociale des personnes qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté européenne. Principes directeurs et grands arrêts de la Cour de justice*, De Boeck Université, 2001, n° 44.

⁽¹⁸²⁾ Arrêts du 22 février 1990, Bronzino, C-228/88, Rec. p. I-531, et du 22 février 1990, Gatto, C-12/89, Rec. p. I-577.

⁽¹⁸³⁾ Arrêt du 9 décembre 1993, Lepore et Scamuffa, C-45/92 et C-46/92, Rec. p. I-6497.

- tent la prorogation surviennent dans un autre État membre ⁽¹⁸⁴⁾;
- lorsque la législation d'un État membre prévoit la prorogation du droit à une rente d'orphelin au-delà de l'âge de 25 ans pour les titulaires de rentes dont la formation a été interrompue en raison de l'accomplissement du service militaire, cet État est tenu d'assimiler le service militaire accompli dans un autre État membre au service militaire accompli sous sa propre législation ⁽¹⁸⁵⁾;
 - en exigeant, comme condition pour l'octroi des allocations d'attente, que les enfants à charge de travailleurs migrants communautaires résidant en Belgique aient terminé leurs études secondaires dans un établissement subventionné ou reconnu par l'État belge, celui-ci a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'ancien article 48 du traité CE (devenu article 39 CE) et de l'article 7 du règlement (CEE) n° 1612/68 ⁽¹⁸⁶⁾;
 - les articles 39, paragraphe 2, et 42 CE s'opposent à une législation nationale qui ne prévoit pas de possibilité de prorogation d'une période de référence pour le calcul d'un droit à pension lorsque le versement de rentes d'accident, correspondant à celles qui permettent une telle prorogation, survient dans un autre État membre ⁽¹⁸⁷⁾;

- il en va de même d'une réglementation nationale qui, pour la détermination des périodes d'assurance et assimilées au titre de l'assurance vieillesse, ne prend en compte, sans condition, que les périodes d'éducation accomplies sur le territoire national, mais subordonne au bénéfice d'allocations de maternité en vertu de la législation nationale la prise en compte des périodes d'éducation accomplies dans un autre État membre ⁽¹⁸⁸⁾;
- enfin, le droit communautaire s'oppose à ce qu'un État membre refuse de prendre en considération, aux fins de l'octroi d'une allocation de garde d'enfant, la période de perception d'une prestation comparable dans un autre État membre de la même manière que si elle avait été accomplie sur son propre territoire ⁽¹⁸⁹⁾.

Il convient de noter que, indépendamment de la règle de non-discrimination, la technique de l'assimilation des situations est largement utilisée dans le cadre des règlements (CEE) n° 1408/71 et (CEE) n° 574/72 (principe de la totalisation des périodes d'assurance, d'emploi et de résidence pour l'ouverture du droit aux prestations de sécurité sociale ou leur calcul).

Entrave à la libre circulation et principe de non-discrimination

Un second trait dominant, dans le contexte de la libre circulation des personnes, est la tendance déjà ancienne de la Cour à englober dans la notion de discrimination indirecte celle d'*entrave à la libre circulation*. Ainsi, pour établir l'existence d'une telle discrimination, la Cour vérifiera si le critère, apparemment neutre, qui est utilisé revêt «la même importance» tant pour les travailleurs

⁽¹⁸⁴⁾ Arrêt du 4 octobre 1991, Paraschi, C-349/97, Rec. p. I-4501.

⁽¹⁸⁵⁾ Arrêt du 25 juin 1997, Mora Romero, C-131/96, Rec. p. I-3659.

⁽¹⁸⁶⁾ Règlement (CEE) n° 1612/68 du 15 juillet 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (JO L 257 du 19.10.1968). Voir arrêt du 12 septembre 1996, Commission/Belgique, C-278/94, Rec. p. I-4307. Signalons que, à la suite de cet arrêt, la réglementation belge a été modifiée, les études accomplies dans un autre État membre étant dorénavant assimilées aux études accomplies en Belgique à condition :

- que l'intéressé produise des documents dont il ressort que les études ou la formation sont de même niveau et équivalentes aux études belges qui ouvrent le droit;
- que, au moment de sa demande d'allocation, l'intéressé ait la qualité d'enfant à charge de travailleurs migrants, bénéficiaires de la liberté de circulation garantie par le droit européen, et résidant en Belgique.

Cette nouvelle réglementation suscitera un nouveau renvoi préjudiciel soulevant la question de sa compatibilité avec les exigences de la citoyenneté européenne, pour le cas où précisément l'intéressé n'a pas la qualité d'enfant de travailleur migrant (voir ci-après, au point 12, nos commentaires sur l'arrêt du 15 septembre 2005, Ioannidis, C-258/04, Rec. p. I-8275).

⁽¹⁸⁷⁾ Arrêt du 18 avril 2002, Duchon, C-290/00, Rec. p. I-3567.

⁽¹⁸⁸⁾ Arrêt du 7 février 2002, Kauer, C-28/00, Rec. p. I-1343, points 43 et 44; voir, dans le même sens, arrêt Elsen, précité, points 25 à 28.

⁽¹⁸⁹⁾ Arrêt du 21 février 2008, Klöppel, C-507/06, non encore publié au Recueil, points 18 et 19. Selon la législation autrichienne, lorsqu'un seul parent perçoit l'allocation de garde d'enfant, celle-ci est due au maximum pendant les trente mois suivant la naissance de l'enfant, mais si le second parent perçoit cette allocation (ou l'a perçue) également, l'allocation est due pendant trente-six mois, les parents percevant alors l'allocation alternativement.

migrants ou, plus généralement, pour les personnes ayant utilisé leur droit de libre circulation que pour les nationaux ou les «sédentaires». Cette grille d'analyse a eu pour effet d'élargir considérablement la portée de la règle de l'égalité de traitement.

L'arrêt du 15 janvier 1986, Pinna (41/89, Rec. p. 1), invalidant l'ancien article 73, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 1408/71, sur la sécurité sociale des travailleurs migrants, illustre assez bien le raisonnement suivi par la Cour. Cette disposition prévoyait un régime spécifique, en matière de paiement des allocations familiales, pour les travailleurs occupés en France: les allocations pour les enfants résidant sur le territoire d'un autre État membre étaient versées à charge de la France selon la législation de l'État de résidence des enfants. Il s'agissait donc de vérifier si le critère de lieu de résidence des membres de la famille d'un travailleur occupé en France, utilisé certes sans distinction apparente de nationalité, revêtait «la même importance» pour les «travailleurs migrants» que pour les «travailleurs nationaux». La Cour a jugé que l'article 73, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 1408/71 comportait une discrimination déguisée en fonction de la nationalité contraire à l'ex-article 48 du traité⁽¹⁹⁰⁾.

La *transposition au critère de la nationalité de celui d'avoir exercé ou non le droit de libre circulation à l'intérieur de la Communauté* est particulièrement frappante dans l'affaire Masgio (arrêt du 7 mars 1991, C-10/90, Rec. p. I-1134), où la Cour a été amenée à vérifier si une disposition nationale en matière de calcul d'une pension de vieillesse se cumulant avec une rente d'accident versée dans

un autre État membre, bien, qu'elle s'applique indépendamment de la nationalité des travailleurs concernés, est «susceptible de défavoriser, sur le plan de la sécurité sociale, des travailleurs migrants par rapport aux travailleurs qui n'ont exercé une activité que dans un seul État membre» (point 19; c'est nous qui soulignons). La Cour ayant constaté que le règlement du cumul s'opérant différemment selon que la rente est versée dans le même État membre ou dans un autre État membre, et de façon défavorable au travailleur ayant fait usage de ce droit, a jugé que la disposition en cause «est de nature à entraver la libre circulation des travailleurs» et est contraire aux articles 7 et 39 à 42 CE ainsi qu'à l'article 3, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 1408/71.

On mentionnera également, même s'il s'agit d'une affaire en marge du domaine de la sécurité sociale, l'arrêt du 23 mai 1996, O'Flynn (C-237/94, Rec. p. I-2617). Était en cause la législation britannique prévoyant l'octroi aux personnes de condition modeste d'une indemnité pour frais funéraires à la condition que les funérailles aient lieu au Royaume-Uni. Qu'en est-il lorsque le demandeur, ressortissant d'un autre État membre, travaillant et résidant au Royaume-Uni, souhaite que l'inhumation de son enfant ait lieu dans l'État d'origine, dans le caveau de famille? La Cour après avoir considéré qu'une telle indemnité constitue un avantage social au sens de l'article 7, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 1612/68, et que, conformément à cette disposition, les travailleurs migrants doivent pouvoir en bénéficier dans les mêmes conditions que les travailleurs nationaux, a constaté que la disposition en cause, imposant que les funérailles aient lieu sur le territoire national, est susceptible, par sa nature, d'affecter davantage les travailleurs migrants que les travailleurs nationaux, dès lors qu'ils seront plus souvent amenés à faire procéder à une inhumation dans leur État d'origine avec lequel ils maintiennent généralement des liens. En conséquence, selon la Cour, la condition que l'inhumation (ou la crémation) ait

⁽¹⁹⁰⁾ Voir également, dans le même sens, arrêts du 12 juillet 1979, Toia, 237/78, Rec. p. 2645, à propos de l'allocation française aux mères de famille réservée à celles dont les enfants ont la nationalité française; du 30 mai 1989, Allue, 33/88, Rec. p. 1591, à propos de l'application d'une disposition de droit italien prévoyant une limite à la durée du lien de travail entre les universités et les lecteurs de langues étrangères, alors qu'une telle limite n'existe pas, en principe, pour les autres travailleurs, et du 21 novembre 1991, Le Manoir, C-27/91, Rec. p. I-5538, à propos d'un allègement de charges sociales patronales, dont le bénéfice était subordonné à l'engagement par l'employeur de travailleurs stagiaires relevant de l'éducation nationale de l'État membre considéré.

lieu sur le territoire national constitue une discrimination ⁽¹⁹¹⁾.

Enfin, la Cour a utilisé la même grille d'analyse dans l'affaire Merida (arrêt du 16 septembre 2004, C-400/02, Rec. p. I-8499), à propos du mode de calcul d'une «allocation temporaire» octroyée par l'État allemand, en vertu d'une convention collective, aux travailleurs civils employés au sein des forces armées étrangères stationnées sur le territoire national et dont le contrat de travail avait été résilié. Cette allocation était calculée sur la base de la rémunération dont était fictivement déduit l'impôt allemand sur les salaires et ce même si la rémunération était imposée dans le pays de résidence (en France, en l'espèce), en vertu d'une convention sur la double imposition entre les deux États. La Cour, faisant application des articles 39 CE et 7, paragraphe 4, du règlement (CEE) n° 1612/68, a constaté que ce mode de calcul *désavantageait* les travailleurs frontaliers. En effet, alors que l'application de celui-ci assurait aux résidents allemands, au cours de la première année suivant la cessation du contrat de travail, un revenu équivalent à celui d'un travailleur actif, cela n'était pas le cas pour les résidents français, qui voyaient leur allocation soumise, comme l'était leur salaire, à l'imposition en France ⁽¹⁹²⁾.

Citoyenneté européenne et non-discrimination

On ne saurait, enfin, passer sous silence les conséquences de la citoyenneté européenne sous l'angle

du principe de non-discrimination en raison de la nationalité, tel que garanti par l'article 12 CE, particulièrement dans le domaine des avantages sociaux. La Cour a précisément attaché au statut de citoyen de l'Union, qui «a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres» ⁽¹⁹³⁾, le droit de ne pas subir de discrimination «dans le champ d'application *ratione materiae* du traité» ⁽¹⁹⁴⁾, ce qui suppose évidemment que l'intéressé séjourne légalement sur le territoire de l'État membre considéré ⁽¹⁹⁵⁾.

Mais au-delà de la question du droit de séjour des citoyens de l'Union européenne, dont l'examen nous éloignerait de l'objet de cette étude, il n'est pas inutile de mentionner quelques arrêts récents de la Cour concernant le degré d'intégration sur le territoire national, dont le citoyen européen doit faire preuve, pour prétendre au bénéfice de certains avantages sociaux. Dans ces arrêts, la Cour a directement fait application des règles du traité en matière d'égalité de traitement.

L'arrêt du 23 mars 2004, Collins (C-138/02, Rec. p. I-2703), constitue un arrêt important à cet égard.

M. Collins, possédant la double nationalité américaine et irlandaise, s'était rendu au Royaume-Uni afin d'y trouver un emploi dans le secteur des services sociaux. Il demanda à pouvoir bénéficier de l'allocation de recherche d'emploi, ce qui lui fut refusé au motif qu'il ne résidait pas encore habituel-

⁽¹⁹¹⁾ La Cour a encore tranché le point de savoir si une telle discrimination pouvait être objectivement justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi. Deux justifications étaient invoquées à cet égard par le Royaume-Uni: la protection de la santé publique ainsi que le coût prohibitif et les inconvénients d'ordre pratique que comporterait le versement de l'indemnité lorsque l'inhumation ou la crémation a lieu en dehors du territoire national. Ces deux justifications ont été rejetées par la Cour. D'une part, la protection de la santé publique serait également assurée si la dépouille était transportée en dehors du territoire du Royaume-Uni en vue d'être inhumée ou incinérée dans un autre État membre (point 26). D'autre part, en ce qui concerne les frais d'inhumation ou de crémation dans un autre État membre, rien ne s'oppose, selon la Cour, «à ce que le Royaume-Uni limite l'indemnité à un montant forfaitaire ou raisonnable fixé par rapport au coût normal d'une inhumation ou d'une crémation au Royaume-Uni» (point 29).

⁽¹⁹²⁾ La Cour a en outre rejeté sans difficulté les motifs de simplification administrative et de limitation des charges financières avancés par le gouvernement allemand, de tels motifs ne pouvant justifier le non-respect des obligations découlant du traité CE.

⁽¹⁹³⁾ Arrêt du 20 septembre 2001, Grzelczyk, C-184/99 (Rec. p. I-6193, point 31), à propos d'un étudiant, de nationalité française, poursuivant ses études en Belgique et qui demandait le bénéfice du minime. On mentionnera également, en ce sens, l'arrêt du 29 avril 2004, Pusa (C-224/02, Rec. p. I-5763), concernant la loi finlandaise sur l'exécution forcée, qui, pour la détermination de la quotité saisissable, ne permettait en aucune manière la prise en compte de l'impôt acquitté par l'intéressé dans un autre État membre, contrairement à ce qui était prévu en cas de retenue à la source au titre de l'impôt en Finlande, ainsi que l'arrêt du 7 juillet 2005, Commission/Autriche, C-147/03 (Rec. p. I-5969), à propos de conditions d'accès à l'enseignement universitaire de nature à restreindre l'accès aux universités nationales des titulaires de diplômes obtenus dans d'autres États membres.

⁽¹⁹⁴⁾ Arrêt du 12 mai 1998, Martinez Sala, C-85/96 (Rec. p. I-2708, point 62), à propos d'une ressortissante espagnole, résidant en Allemagne, ayant cessé toute activité professionnelle et qui demandait le bénéfice d'une allocation d'éducation pour son enfant.

⁽¹⁹⁵⁾ Voir à cet égard nos commentaires dans «Tendances récentes (1998-2003) de la jurisprudence sociale de la CJCE», *JTT* 2003, p. 243, spec. 301-303.

lement dans cet État. Cette condition était-elle discriminatoire et contraire au traité? Telle était la question.

Dès lors que l'intéressé était à la recherche d'un premier emploi, il n'avait pas encore établi un rapport de travail dans l'État membre d'accueil. Il ne pouvait donc pas prétendre selon la Cour, sur le fondement de l'article 7 du règlement (CEE) n° 1612/68 ⁽¹⁹⁶⁾, aux mêmes avantages sociaux et fiscaux que les travailleurs nationaux. En effet, la qualité de travailleur au sens du titre II de la première partie dudit règlement vise uniquement, selon la Cour, les personnes qui ont *déjà* accédé au marché de travail.

La Cour n'a pas moins vérifié, directement au regard de l'article 39, paragraphe 2, CE, si le principe de l'égalité de traitement s'oppose à une réglementation nationale qui subordonne le bénéfice d'une prestation de nature financière, destinée à faciliter l'accès à l'emploi, à une condition de résidence sur le territoire national. Il est remarquable que la Cour ait déclaré vouloir interpréter l'article 39 CE à la lumière des développements intervenus en matière de citoyenneté européenne, laquelle a «vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres». Elle a ainsi estimé que la réglementation nationale en cause introduisait une différence de traitement selon que l'intéressé réside habituellement au Royaume-Uni ou non, de nature à désavantager les ressortissants d'un État membre qui font usage de leur droit de circuler aux fins de rechercher un emploi sur le territoire d'un autre État membre.

Toutefois, la Cour a estimé qu'il était «légitime pour le législateur national de vouloir s'assurer de l'existence d'un lien réel entre le demandeur d'allocations [...] et le marché géographique du travail en cause» (voir également, en ce sens, arrêt du 11 juillet 2002, D'Hoop, C-224/98, Rec. p. I-6191, point 38),

⁽¹⁹⁶⁾ Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, JO L 257 du 19.10.1968.

l'existence d'un tel lien pouvant être établie «notamment, par la constatation que la personne en cause a, pendant une période d'une durée raisonnable, effectivement et réellement cherché un emploi dans l'État membre en question» (points 66 à 70). En cela, la Cour entendait faire obstacle à une certaine forme de «tourisme social». La période de résidence ainsi exigée ne doit cependant pas «dépasser ce qui est nécessaire», conformément au principe de proportionnalité, ce qu'il appartient, comme bien souvent en droit communautaire, au juge national d'apprécier ⁽¹⁹⁷⁾.

Il est surprenant que la Cour, dans cette affaire, n'ait pas tout simplement suivi la voie du règlement (CEE) n° 1408/71, l'allocation en cause, visée spécifiquement à l'annexe II *bis* dudit règlement, devant être octroyée à toute personne résidant sur le territoire national. Cela supposait cependant que l'on pût établir que M. Collins avait décidé de fixer au Royaume-Uni le centre habituel de ses intérêts (voir, en ce sens, arrêt du 25 février 1999, Swadling, Rec. p. I-1075).

L'arrêt Ioannidis, précité, constitue une autre illustration de l'interprétation extensive de l'article 39, paragraphe 2, CE par la Cour à la suite de l'instauration de la citoyenneté de l'Union et ce à propos d'une prestation de nature financière (telle que l'allocation d'attente en Belgique) destinée à faciliter l'accès à l'emploi dans un État membre. Selon la Cour, la réglementation nationale, en refusant le bénéfice de ladite allocation aux ressortissants d'un autre État membre à la recherche d'un premier emploi [et qui ne sont pas à la charge de travailleurs migrants ⁽¹⁹⁸⁾] au seul motif que les intéressés ont terminé leurs études secondaires dans un autre État membre, introduit une différence de traitement

⁽¹⁹⁷⁾ La solution retenue par l'arrêt Collins, fondée sur le traité CE, n'est pas en harmonie avec le texte de la directive 2004/38/CE, précitée, dont l'article 24, paragraphe 2, écarte explicitement l'obligation pour les États membres d'octroyer aux ressortissants des autres États membres une assistance à la recherche d'un premier emploi sur leur territoire national.

⁽¹⁹⁸⁾ S'agissant des enfants de travailleurs migrants, à la recherche d'un premier emploi, voir les arrêts du 20 juin 1985, Deak, 94/84, Rec. p. 1873, et du 8 juin 1999, Meensen, C-337/97, p. I-5289.

contraire à l'article 39, paragraphe 2, CE en ce que cette dernière condition risque de défavoriser principalement les ressortissants d'autres États membres, à moins qu'une telle différence de traitement se fonde sur des considérations objectives indépendantes de la nationalité des personnes concernées et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi. À cet égard, ainsi qu'il vient d'être rappelé, il est légitime pour le législateur national de vouloir s'assurer de l'existence d'un lien réel entre le demandeur des allocations d'attente et le marché géographique du travail en cause (point 30; arrêt d'Hoop, précité, point 38).

Toutefois, ainsi que la Cour l'avait déjà jugé dans cette dernière affaire, «une condition unique relative au lieu d'obtention du diplôme de fin d'études secondaires présente un caractère trop général et exclusif».

L'arrêt du 26 octobre 2006, Tas-Hagen et Tas (C-192/05, Rec. p. I-10451), porte sur l'exigence proprement dite d'une condition de résidence sur le territoire national, imposée par une réglementation néerlandaise en vue de l'octroi d'une prestation instituée au profit des victimes civiles de guerre. En tant que ressortissants néerlandais, M^{me} Tas-Hagen et M. Tas pouvaient se prévaloir de leur statut de citoyens de l'Union, ayant exercé leur droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire d'un État membre autre que celui dont ils sont ressortissants, dès lors qu'ils avaient établi leur résidence en Espagne. C'est précisément l'exercice de ce droit qui avait été de nature à affecter la possibilité pour eux d'obtenir le versement de la prestation en cause.

La Cour, reprenant un raisonnement bien connu dans le contexte de la libre circulation des travailleurs, a jugé que «les facilités ouvertes par le traité en matière de libre circulation ne pourraient produire leurs pleins effets si un ressortissant d'un État membre pouvait être dissuadé d'en faire usage par les obstacles mis à son séjour dans l'État membre d'accueil en raison d'une réglementation

de son État d'origine pénalisant le fait qu'il les a exercées» (point 30) ⁽¹⁹⁹⁾. Tel est le cas si une réglementation nationale soumet le bénéfice d'une prestation sociale à la condition que les intéressés aient leur résidence sur le territoire national à la date d'introduction de leur demande, puisque cela pourrait les dissuader à quitter leur État d'origine. Une telle restriction peut néanmoins être justifiée, au regard du droit communautaire, «si elle se fonde sur des considérations objectives d'intérêt général indépendantes de la nationalité des personnes concernées et est proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national» (point 33).

En l'occurrence, l'objectif de circonscrire une obligation de solidarité à l'égard des victimes civiles de guerre aux seules personnes qui ont eu un lien avec le peuple néerlandais durant et après la guerre est susceptible, selon la Cour, de constituer un objectif d'intérêt général, mais encore faut-il que la mesure retenue, à savoir la condition de résidence en tant que manifestation de ce degré de rattachement au peuple néerlandais, soit proportionnée, c'est-à-dire apte à la réalisation de l'objectif, sans aller au-delà de ce qui est nécessaire à cet effet.

Or, une condition de résidence ne peut, selon la Cour, être considérée comme apte à atteindre l'objectif poursuivi dès lors que, rapportée exclusivement à la date de l'introduction de la demande, elle n'offre pas une indication suffisante du degré de rattachement à la société de l'État membre témoignant ainsi sa solidarité à l'égard des victimes de guerre. La réglementation a donc été considérée comme contraire à l'article 18, paragraphe 1, CE, garantissant le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

En revanche, dans l'affaire C-406/04, De Cuyper (arrêt du 18 juillet 2006, Rec. p. I-6947), la condition de résidence imposée par la réglementation belge pour l'octroi d'une allocation de chômage en faveur de chômeurs de plus de 50 ans, dispensés de l'obli-

⁽¹⁹⁹⁾ Voir également arrêt Pusa, précité, point 19.

gation d'être inscrits comme demandeurs d'emploi, a été jugée compatible avec l'article 18, paragraphe 1, CE. En effet, une telle condition de résidence répond, selon la Cour, à la nécessité pour les services d'inspection de contrôler la situation professionnelle et familiale des intéressés, pour le maintien du droit à l'allocation de chômage, ce qui constitue une considération objective d'intérêt général indépendante de la nationalité des personnes concernées. De plus, s'agissant de la proportionnalité de la restriction, l'efficacité d'un tel contrôle repose, dans une large mesure, sur son caractère inopiné et la possibilité que ce contrôle soit effectué sur place. La Cour a ajouté que «le contrôle à mener en matière d'allocations de chômage présente une spécificité qui justifie l'instauration de mécanismes plus contraignants que ceux imposés à l'occasion du contrôle concernant d'autres prestations» (point 45) ⁽²⁰⁰⁾.

On constate ainsi que, en marge de la réglementation communautaire en matière de sécurité sociale des travailleurs migrants, s'est développée une jurisprudence directement fondée sur les dispositions du traité à propos des conditions d'octroi d'avantages sociaux, dont certaines prestations de sécurité sociale, au bénéfice des citoyens de l'Union.

B. Détermination de la législation applicable

À cet égard, nous avons fait le choix de retenir un seul arrêt touchant à des questions particulière-

ment sensibles relatives au phénomène de délocalisation des entreprises, encouragé par des disparités mêmes entre les régimes nationaux de sécurité sociale.

En principe, conformément à l'article 13, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 1408/71 le travailleur salarié est soumis à la législation de l'État sur le territoire duquel il exerce son activité, quel que soit le lieu de sa résidence ou celui du siège ou du domicile de son employeur. Toutefois, l'article 14, paragraphe 1, prévoit qu'en cas de détachement d'un travailleur, «qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un État membre au service d'une entreprise dont [il] relève normalement», dans un autre État membre «afin d'y effectuer un travail pour le compte de celle-ci», il demeure soumis à la législation du premier État. Encore faut-il que «la durée prévisible de ce travail n'excède pas douze mois» et que l'intéressé ne soit pas envoyé «en remplacement d'une autre personne parvenue au terme de la période de son détachement».

Dans son célèbre arrêt *Manpower* du 17 décembre 1970 (35/70, Rec. p. 1251), la Cour avait souligné l'objectif de cette exception à la règle de l'État d'emploi [à l'époque contenue à l'article 13, point a), du règlement n° 3]: il s'agit de promouvoir la libre prestation des services au bénéfice des entreprises qui en font usage en envoyant des travailleurs dans d'autres États membres que celui dans lesquels elles sont établies et de favoriser l'interpénétration économique (point 10), en évitant qu'une entreprise établie dans un État membre ne soit obligée d'affilier ses travailleurs, soumis normalement à la législation de sécurité sociale de cet État, au régime de sécurité sociale d'un autre État membre où ils seraient envoyés pour accomplir des travaux d'une durée limitée dans le temps (point 11). La Cour considéra ainsi que cette exception était applicable à une entreprise de travail temporaire désireuse d'offrir des services transfrontaliers, à condition qu'elle exerce une activité «normale» dans l'État membre où elle est établie (point 16).

⁽²⁰⁰⁾ On mentionnera encore, même si nous nous éloignons du domaine de la sécurité sociale, à propos de l'octroi d'une bourse d'entretien à un étudiant, ressortissant d'un État membre qui s'est rendu dans un autre État membre pour y accomplir des études, l'arrêt du 18 novembre 2008, *Förster* (C-158/07, non encore publié au Recueil, points 51 à 60), dans lequel la Cour a jugé notamment qu'une condition de résidence ininterrompue d'une durée de cinq ans était à la fois apte à garantir que le demandeur de la bourse est intégré dans l'État membre d'accueil et proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national. La Cour s'est référée notamment à l'article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38/CE (bien qu'elle n'ait pas été applicable en l'espèce), prévoyant qu'un État membre n'était pas tenu d'octroyer des aides d'entretien aux études aux étudiants n'ayant pas acquis un droit de séjour permanent, ainsi qu'à l'article 16, paragraphe 1, de la même directive selon lequel un tel droit de séjour est reconnu aux étudiants ayant séjourné sur le territoire de l'État membre en cause pendant une période ininterrompue ... de cinq ans (point 55). La Cour n'a donc pas entendu remettre en cause l'appréciation du législateur communautaire lui-même.

Dans son arrêt du 10 février 2000, *Fitzwilliam* (C-202/97, Rec. p. I-883), la Cour a précisé d'avantage les conditions d'application de l'article 14, paragraphe 1, point a), du règlement (CEE) n° 1408/71 aux travailleurs intérimaires détachés dans un autre État membre afin d'éviter que le recours à cette exception ne soit détournée de sa finalité et ne serve, en réalité, qu'une volonté délibérée d'échapper à l'application de la règle générale de l'État d'emploi.

Deux conditions doivent être respectées selon la Cour:

- d'une part, un lien organique doit exister entre l'entreprise et les travailleurs qu'elle a détachés sur le territoire d'un autre État membre pendant la durée de leur détachement. Il suffit, à cet égard, que le travailleur en cause soit placé sous l'autorité de l'entreprise;
- d'autre part, l'entreprise de travail temporaire doit exercer normalement des activités dans l'État membre d'établissement, c'est-à-dire y exercer «habituellement des activités significatives» ⁽²⁰¹⁾. À cet égard, la Cour cite un certain nombre de critères susceptibles de caractériser de telles activités: «le lieu du siège de l'entreprise et de son administration, l'effectif du personnel administratif travaillant respectivement dans l'État membre d'établissement et dans l'autre État membre, le lieu où les travailleurs détachés sont recrutés et celui où sont conclus la plupart des contrats avec les clients, la loi applicable aux contrats de travail conclus par l'entreprise avec ses travailleurs, d'une part, et avec ses clients, d'autre part, ainsi que les chiffres d'affaires réalisés pendant une période suffisamment caractéristique dans chaque État membre concerné» (point 43).

⁽²⁰¹⁾ Voir également, en ce sens, l'arrêt du 30 mars 2000, *Banks e.a.*, C-178/97, Rec. p. I-2005, point 27. Il en résulte qu'une entreprise de construction, établie dans un État membre, qui envoie ses travailleurs sur le territoire d'un autre État membre dans lequel elle exerce la totalité de ses activités, à l'exception d'activités de gestion purement internes, ne saurait se prévaloir de l'article 14, paragraphe 1, point a), du règlement (CEE) n° 1408/71 (voir arrêt du 9 novembre 2000, *Plum*, C-404/98, Rec. p. I-9379, point 22).

En revanche, la nature des travaux confiés respectivement aux travailleurs mis à la disposition d'entreprises situées sur le territoire de l'État membre où est établie l'entreprise de travail temporaire et aux travailleurs détachés sur le territoire d'un autre État membre est sans pertinence.

Cela étant, dans l'hypothèse d'un détachement de travailleurs, l'institution compétente de l'État membre où l'entreprise de travail temporaire est établie aura normalement délivré un certificat (E 101) constatant que son régime de sécurité sociale reste applicable pendant la période de détachement. En raison des principes de l'unicité de la législation applicable et de sécurité juridique, «ce certificat implique nécessairement que le régime de l'autre État membre n'est pas susceptible de s'appliquer» (point 49). «Il crée une présomption de régularité de l'affiliation des travailleurs détachés au régime de sécurité sociale de l'État membre où est établie l'entreprise de travail temporaire» et s'impose donc à l'institution compétente de l'État membre dans lequel sont détachés ces travailleurs (point 53). Dès lors, «aussi longtemps que le certificat E 101 n'est pas retiré ou déclaré invalide, l'institution compétente de l'État membre dans lequel sont détachés les travailleurs doit tenir compte du fait que ces derniers sont déjà soumis à la législation de sécurité sociale de l'État où l'entreprise qui les emploie est établie et cette institution ne saurait, par conséquent, soumettre les travailleurs en question à son propre régime de sécurité sociale» (point 55).

La Cour observe cependant que le principe de coopération loyale, énoncé à l'article 5 du traité (devenu article 10 CE), «impose à l'institution compétente de procéder à une appréciation correcte des faits pertinents pour l'application des règles relatives à la détermination de la législation applicable en matière de sécurité sociale et, partant, de garantir l'exactitude des mentions figurant dans le certificat E 101» (point 51). Il lui incombe «de reconsidérer le bien-fondé de cette délivrance et, le cas échéant, de retirer le certificat lorsque l'institution compé-

tente de l'État membre dans lequel sont détachés les travailleurs émet des doutes quant à l'exactitude des faits qui sont à la base dudit certificat et, par tant, des mentions qui y figurent» (point 56) (voir ci-après nos développements sur le principe de coopération loyale).

Il est, en outre, toujours loisible aux institutions concernées, qui ne parviendraient pas à se mettre d'accord, d'en appeler à la commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants, indépendamment de la possibilité pour l'État membre sur le territoire duquel sont détachés les travailleurs concernés d'engager une procédure en manquement au titre de l'article 170 du traité (devenu article 227 CE) (point 58).

Les conséquences de la délivrance du formulaire E 101 ont été réitérées par la Cour dans son arrêt *Banks e.a.*, précité (points 38 à 48). La Cour ajoutera que rien ne s'oppose à ce que le certificat E 101 soit délivré au cours de la période considérée, voire après son expiration (même s'il est préférable que la délivrance intervienne avant le début de la période), et produise ainsi des effets rétroactifs (arrêt *Banks*, points 53 et 54) ⁽²⁰²⁾.

C. Conservation des droits acquis

À cet égard, l'avancée qui nous paraît la plus extraordinaire, ces dernières années, ce qui justifie que nous nous y attardions quelque peu, concerne, sans conteste, le droit des assurés de se rendre dans un autre État membre pour y recevoir des soins de santé à charge et selon le barème de l'État compétent, ce qui revient à garantir une forme d'«exportation des soins médicaux».

Il est constant que le droit communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des États membres

pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale et fixer l'étendue du devoir de solidarité nationale (arrêts du 7 février 1984, *Duphar e.a.*, 238/92, Rec. p. 523, point 16, et du 17 juin 1997, *Sodemare e.a.*, C-70/95, Rec. p. I-3395, point 27). Dès lors, en l'absence d'une harmonisation au niveau communautaire, il appartient à la législation de chaque État membre de déterminer les conditions du droit ou de l'obligation de s'affilier à un régime de sécurité sociale ainsi que les conditions d'octroi (voir notamment arrêts du 24 avril 1980, *Coonan*, 110/79, Rec. p. 1445, point 12; du 4 octobre 1991, *Paraschi*, C-349/87, Rec. p. I-4501, point 15, et du 30 janvier 1997, *Stöber et Piosa Pereira*, C-4/95 et C-5/95, Rec. p. I-511, point 36).

Il n'en demeure pas moins que «les États membres doivent [...], dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire» (arrêt du 28 avril 1998, *Decker*, C-120/95, Rec. I-1831, point 23, et *Kohll*, C-158/96, Rec. p. I-1931, point 19). Il s'agit d'un bel exemple d'imbrication du droit communautaire et du droit national. Alors que le droit communautaire se limite, comme bien souvent, à fixer impérativement un objectif à atteindre, en l'occurrence la réalisation de la liberté de circulation des personnes et l'égalité de traitement en fonction de la nationalité, les compétences nationales subsistent, mais elles sont encadrées par les règles du traité ou du droit dérivé, avec lesquelles elles ne peuvent entrer en conflit.

On le sait, les arrêts *Decker* et *Kohll*, précités, qui concernent au premier chef la libre prestation des services (soins de santé) et la libre circulation des marchandises (produits médicaux), ont connu un grand retentissement non seulement dans les milieux spécialisés de l'assurance maladie, mais également, ce qui est plus rare, en raison de la technicité de la matière, dans l'opinion publique. Il n'est pas exclu que ces arrêts, qui ont servi de catalyseurs à de nouveaux renvois préjudiciels devant la Cour

⁽²⁰²⁾ Voir, dans un sens analogue, les arrêts du 25 février 2003, *IKA*, C-326/00, Rec. p. I-1703, et du 11 novembre 2004, *Adanez-Vega*, C-372/02, Rec. p. I-10761. La Cour ajoutera que rien ne s'oppose à ce que le certificat E 101 soit délivré au cours de la période considérée, voire après son expiration (même s'il est préférable que la délivrance intervienne avant le début de la période), et produise ainsi des effets rétroactifs.

de justice ⁽²⁰³⁾, nécessitent, à terme, quelque ajustement des principes qui gouvernent les régimes d'assurance maladie des États membres, afin d'assurer la pleine réalisation des libertés garanties par le traité.

Cet ajustement constitue le résultat du difficile arbitrage que le juge communautaire a été amené à devoir faire entre, d'une part, les impératifs de la libre circulation des personnes — et des marchandises, s'agissant des produits médicaux — et, d'autre part, la nécessité de maintenir l'équilibre financier des régimes d'assurance maladie des États membres et donc celle de contrôler les dépenses de santé ainsi que d'assurer un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous, ce qui n'est, évidemment, pas étranger au maintien d'un certain niveau de protection de la santé publique et de solidarité nationale.

La jurisprudence de la Cour relative à la fourniture des soins de santé dans un État membre compétent, et de leur prise en charge par ce dernier, peut être résumée comme suit ⁽²⁰⁴⁾.

Il est clair que la réglementation d'un État membre qui subordonne le remboursement de frais médicaux engagés à l'occasion de soins fournis dans un autre État membre à l'obtention d'une autorisation préalable de se rendre dans ce dernier État pour s'y faire soigner comporte une entrave à la libre prestation des services, voire à la libre circulation des mar-

chandises (s'il est question d'acheter des produits médicaux dans un autre État membre) contraire aux articles 49 et 50 CE (ou 28 et 30 CE, selon le cas), compte tenu de l'effet dissuasif indéniable d'une telle réglementation au recours à des prestataires de services médicaux établis dans un État membre autre que l'État d'affiliation (ou à l'achat de produits médicaux dans cet État) (arrêts précités Decker, point 36, et Kohll, point 35) ⁽²⁰⁵⁾.

Le véritable problème que soulève cette situation concerne l'*admissibilité des justifications* avancées au regard à la fois de la protection de la santé publique (en particulier, la nécessité de garantir aux assurés l'accès à des soins de qualité ainsi qu'un service médical et hospitalier équilibré et accessible) et de raisons impérieuses d'intérêt général (en particulier, la nécessité de maintenir l'équilibre financier du système de sécurité sociale et donc de contrôler les dépenses de santé afin de répondre notamment aux exigences de la solidarité nationale envers les plus vulnérables).

Certes, on rappellera que des objectifs de nature purement économique ne peuvent justifier une entrave au principe fondamental de libre prestation des services (voir, en ce sens, arrêts du 5 juin 1997, SETTG, C-398/95, Rec. p. I-3091, point 23, et Kohll, précité, point 41). Cependant, dans la mesure notamment où il pourrait avoir des conséquences sur le niveau global de la protection de la santé publique, un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier pareille entrave (arrêts pré-

⁽²⁰³⁾ Voir les arrêts du 12 juillet 2001, Vanbraeckel, C-368/98, Rec. p. I-5363, et Smits et Peerbooms, C-157/99, Rec. p. I-5423; du 13 mai 2003, Muller-Fauré, C-385/99, Rec. p. I-4509; du 3 juillet 2003, van der Duin et ANOZ Zorgverzekeringen, C-156/01, Rec. p. I-7045; du 23 octobre 2003, Inizan, C-56/01, Rec. p. I-12403; du 16 mai 2006, Watts, C-372/04, Rec. p. I-4325; du 15 juin 2006, Acereda Herrera, C-466/04, p. I-5341, et du 19 avril 2007, Stamatelaki, C-444/05, Rec. p. I-3185. On citera également l'arrêt du 25 février 2003, Ioannidis, C-326/00, Rec. p. I-1703, qui concerne plus particulièrement le cas des titulaires de pensions en séjour provisoire dans un autre État membre.

⁽²⁰⁴⁾ Il existe, en réalité, deux systèmes de prise en charge des soins de santé exposés dans un État membre compétent: d'une part, celui mis en place par l'article 22, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 1408/71 qui garantit, sous certaines conditions, le remboursement des frais médicaux à charge de l'État compétent mais selon les tarifs de la législation de l'État sur le territoire duquel les prestations ont été servies ou les produits achetés et, d'autre part, celui dégagé de la jurisprudence de la Cour au regard des principes de libre circulation des marchandises et de libre prestations de services, qui est résumée ici même.

⁽²⁰⁵⁾ L'arrêt Stamatelaki, précité, mettait en cause la législation hellénique en ce qu'elle excluait la prise en charge de soins hospitaliers dans un établissement de soins privé situé dans un autre État membre, à l'exception de celle relative aux soins dispensés aux enfants de moins de 14 ans, alors qu'un patient affilié en Grèce reçoit sur le territoire national des soins dans un établissement public ou privé conventionné sans devoir déboursier aucune somme.

cités Decker, point 39, Kohll, point 41, et Stamatakis, point 30) ⁽²⁰⁶⁾.

À cet égard, l'approche prudente retenue par la jurisprudence de la Cour, en particulier dans l'arrêt Müller-Fauré (voir points 75 à 98), repose sur une distinction entre les prestations médicales fournies au cabinet du praticien et celles qui sont dispensées dans un établissement hospitalier.

i) Sur les prestations non hospitalières ⁽²⁰⁷⁾

Force est de constater, selon la Cour, que, par nature, ces prestations ne représentent pas la partie

essentielle des coûts de l'assurance maladie des États membres. En tout cas, rien ne permet de penser sérieusement «que la suppression de l'exigence de l'autorisation préalable pour ce type de soins provoquerait des déplacements transfrontaliers de patients d'une importance telle, nonobstant les barrières linguistiques et la distance géographique, les frais de séjour à l'étranger et le manque d'information sur la nature des soins qui y sont dispensés, que l'équilibre financier du système de sécurité sociale des États membres en serait perturbé et que, de ce fait, le niveau global de protection de santé publique serait menacé, ce qui seulement pourrait valablement justifier une entrave au principe fondamental de la libre prestation des services» (point 95 de l'arrêt Müller-Fauré).

En outre, poursuit la Cour, «les soins sont généralement dispensés à proximité du lieu de résidence du patient, dans un environnement culturel qui lui est familier et lui permettant d'établir avec le médecin traitant des relations de confiance. Abstraction faite des cas d'urgence, les déplacements transfrontaliers de patients se manifestent surtout dans les régions frontalières ou pour le traitement de pathologies spécifiques. De plus, c'est précisément dans de telles régions ou pour de telles pathologies que les caisses de maladie néerlandaises auront tendance à établir un système de conventionnement avec des médecins étrangers» (point 96 du même arrêt). Ces diverses circonstances sont de nature, selon la Cour, «à limiter l'impact financier éventuel sur le système de sécurité sociale [en cause] de la suppression de l'exigence d'autorisation préalable en ce qui concerne les soins dispensés au cabinet du praticien étranger» (point 97 du même arrêt).

⁽²⁰⁶⁾ À vrai dire, derrière tout ce débat se profilent les difficultés auxquels se heurtent les assurés relevant d'un régime de prestations en nature (ou d'un service national de santé) en raison de l'établissement de listes d'attente.

De façon générale, c'est donc le problème des moyens de contrôle des dépenses de soins de santé qui est posé. Un système de conventionnement des prestataires — qui peut, d'ailleurs, également exister dans un régime dit de remboursement — repose, généralement, sur la négociation préalable des tarifs pratiqués, de la nature des actes et des prescriptions (choix des thérapies, des médicaments, des produits médicaux, durée de l'hospitalisation), afin de ne pas dépasser ce qui est nécessaire et approprié à la guérison, la demande des soins de santé étant largement induite par le corps médical lui-même. Le système de conventionnement constitue donc un moyen efficace, pour les États membres, pour contrôler et agir sur l'équilibre financier de leur régime d'assurance maladie.

Il existe évidemment d'autres moyens, sans doute plus radicaux, pour limiter les dépenses, à savoir la réduction des taux de remboursement ou la diminution du volume des actes et prescriptions pris en charge. Toutefois, le recours à de tels moyens opère un transfert de charges supplémentaires vers les assurés, ce qui a pour effet de rendre l'accès aux soins de santé plus difficile pour les catégories d'assurés à faibles revenus et, partant, de diminuer le niveau de protection de la santé. Il en découle que la suppression de la condition du conventionnement pour les prestations de services à l'étranger soulève un problème réel en termes de contrôle du volume des dépenses. Mais pourrait-il entraîner une atteinte grave à l'équilibre financier des systèmes nationaux d'assurance maladie considérés et avoir des conséquences sur le niveau global de la protection de la santé publique et du degré de solidarité nationale? Là réside toute la question, étant rappelé que des considérations purement économiques ne peuvent jamais, en tant que telles, justifier une entrave au principe fondamental de libre prestation des services.

⁽²⁰⁷⁾ Voir, à cet égard, les arrêts Decker et Kohll, précités, qui concernaient une demande de remboursement auprès de la caisse compétente au Luxembourg, respectivement, d'une paire de lunettes achetée, sur ordonnance délivrée par un ophtalmologue établi sur le territoire national, auprès d'un opticien établi en Belgique et d'un traitement orthodontique pratiqué en Allemagne.

Mais c'est surtout l'arrêt Müller-Fauré qui présente, à cet égard une motivation précieuse. Les faits dans cette dernière affaire étaient les suivants:

— M^{me} Müller avait demandé à la caisse de maladie de Zwijndrecht la prise en charge d'un traitement dentaire (la pose de six couronnes et d'une prothèse fixe sur la mâchoire supérieure) qu'elle a suivi pendant ses vacances, en octobre/novembre 1994, en Allemagne;

— M^{me} Van Riet, qui souffrait depuis 1985 de douleurs dans le poignet droit, avait demandé à la caisse de maladie d'Amsterdam la prise en charge d'une arthroscopie et d'une résection du cubitus qu'elle avait subies, en mai 1993, en Belgique. La préparation, l'exécution et le suivi de ces interventions ont eu lieu partiellement en milieu hospitalier et partiellement en dehors de toute infrastructure hospitalière.

ii) Sur les prestations hospitalières ⁽²⁰⁸⁾

La Cour a admis, en raison des «incontestables particularités» que présentent les prestations médicales dispensées dans un milieu hospitalier, que le système d'autorisation préalable est justifié. En effet, «le nombre des infrastructures hospitalières, leur répartition géographique, leur aménagement et les équipements dont elles sont pourvues, ou encore la nature des services médicaux qu'elles sont à même d'offrir, doivent pouvoir faire l'objet d'une planification» (arrêt *Smits et Peerbooms*, point 76), afin de garantir «une accessibilité suffisante et permanente à une gamme équilibrée» de soins de qualité et d'assurer «une maîtrise de coûts, en évitant les gaspillages» (point 79 du même arrêt): «[...] il est clair que, si les assurés pouvaient librement et en toutes circonstances faire appel à des établissements hospitaliers avec lesquels leur caisse de maladie n'a conclu aucune convention, [...] tout effort de planification géré au travers du système de conventionnement [...] s'en trouverait du même coup compromis» (point 81) ⁽²⁰⁹⁾.

C'est donc une justification tirée de la protection de la santé publique et plus particulièrement de la nécessité d'assurer un service médical hospitalier équilibré et accessible à tous les affiliés qui rend l'entrave à la libre prestation de service, que constitue l'exigence d'une autorisation préalable, compatible avec l'article 49 CE.

Toutefois, l'autorisation ne peut être refusée que pour des raisons *objectives*, connues à l'avance, en

l'absence de tout comportement arbitraire de la part des autorités nationales ⁽²¹⁰⁾.

Parmi ces raisons, il y a, selon la Cour, la possibilité pour le patient de bénéficier d'un traitement identique ou présentant le même degré d'efficacité «en temps opportun» sur le territoire de l'État compétent (voir point 103 de l'arrêt). Mais faut-il, à cet égard, se fonder sur des éléments purement objectifs de nature médicale, en ce compris l'évolution probable de la maladie, ou peut-on tenir compte d'autres facteurs plus subjectifs, tels le degré de la douleur, la nature du handicap, la situation personnelle de l'intéressé, voire la durée comme telle du délai d'attente pour bénéficier des soins sur le territoire de l'État compétent?

L'arrêt *Smits et Peerbooms* précise, au point 104, que les autorités nationales doivent «prendre en considération l'ensemble des circonstances caractérisant chaque cas concret, en tenant compte non seulement de la situation médicale du patient au moment où l'autorisation est sollicitée, mais également de ses antécédents». L'arrêt *Müller-Fauré* apporte deux précisions supplémentaires et de taille:

- d'une part, parmi les circonstances caractérisant chaque cas concret, qu'il incombe à la caisse de maladie de prendre compte, il y a le «degré de douleur» ou «la nature du handicap de l'assuré» qui pourrait, par exemple, rendre impossible ou excessivement difficile l'exercice d'une activité professionnelle (point 90). La Cour retient ainsi une interprétation particulière

⁽²⁰⁸⁾ On consultera, à cet égard, surtout:

— l'arrêt *Smits et Peerbooms*, précité, à propos du refus de remboursement par une caisse de maladie néerlandaise des frais d'hospitalisation exposés en Allemagne et en Autriche au motif qu'un traitement satisfaisant et adéquat de la maladie en cause était disponible aux Pays-Bas. Mme *Smits* souffrait de la maladie de Parkinson et avait suivi un traitement dans une clinique située en Allemagne; M. *Peerbooms* était tombé dans un coma à la suite d'un accident de la circulation et avait été transféré dans un état végétatif dans une clinique située en Autriche;

— à nouveau, l'arrêt *Müller-Fauré*, précité;

— ainsi que l'arrêt *Watts*, précité, dans lequel la Cour a été amenée plus particulièrement à interpréter les articles 22 du règlement n° 1408/71 et 49 CE dans le contexte d'un système national de la santé.

⁽²⁰⁹⁾ Nous retrouvons, ici, en substance les considérations développées par l'avocat général *Tesauro* dans ses conclusions dans les affaires *Kohl* et *Decker*.

⁽²¹⁰⁾ Les considérations qui précèdent ont été réitérées dans l'arrêt *Watts*, précité, points 100 et suivants. Dans cet arrêt, la Cour a fustigé le fait que la réglementation en cause, relative au NHS, ne précisait pas les critères d'octroi ou de refus de l'autorisation nécessaire à la prise en charge des soins transfrontaliers, ni n'encadrait la liberté d'appréciation laissée aux autorités compétentes, ce qui rendait difficile tout contrôle juridictionnel (point 118).

rement large de la notion de «situation médicale» du patient ⁽²¹¹⁾;

- d'autre part, «un refus d'autorisation préalable qui serait motivé non pas par la crainte de gaspillage ou de déperdition, du fait d'une surcapacité hospitalière, mais exclusivement par un motif tiré de l'existence de listes d'attente sur le territoire national pour bénéficier des soins hospitaliers en cause, sans que soient prises en considération les circonstances concrètes qui caractérisent la situation médicale du patient ne saurait constituer une entrave valablement justifiée à la libre prestation des services». La Cour relève, du reste, à cet égard qu'un délai d'attente trop long ou anormal serait plutôt de nature à restreindre l'accessibilité à un ensemble équilibré de soins hospitaliers de qualité (point 92 in fine).

Dans l'arrêt Watts, précité ⁽²¹²⁾, la Cour a, certes, admis que les autorités nationales étaient en droit d'instituer des listes d'attente afin de planifier la fourniture des soins et de fixer des priorités en fonction des ressources et des capacités disponibles. Deux conditions doivent cependant être réunies pour refuser le remboursement des soins prestés dans un autre État membre:

- le délai d'attente ne doit pas excéder le délai médicalement acceptable, «compte tenu d'une évaluation médicale objective des besoins cliniques de l'intéressé, au vu de son état patholo-

gique, de ses antécédents, de l'évolution probable de sa maladie, du degré de sa douleur et/ou de la nature de son handicap au moment où l'autorisation est sollicitée»;

- la fixation des délais doit être conçue de manière souple et dynamique, permettant «de reconsidérer le délai initialement notifié à l'intéressé en fonction d'une dégradation éventuelle de son état de santé» (points 68 et 69).

Cette possibilité de refus est, selon la Cour, propre à éviter «des flux migratoires de patients de nature à remettre en cause tous les efforts de planification et de rationalisation accomplis par l'État membre compétent» (point 71), ainsi que tout éventuel «exode de patients» qui, disposant de ressources suffisantes à cette fin, entendraient se faire soigner dans un autre État membre (point 77). Cela étant, pour refuser l'autorisation, un État membre ne peut pas opposer le fait que le traitement hospitalier est plus coûteux dans l'État de séjour (point 73).

iii) Sur la pertinence des caractéristiques fondamentales du régime d'assurance maladie en cause

En traçant les orientations rappelées ci-dessus, la Cour s'est toujours refusée de prendre en compte les caractéristiques du régime national d'assurance maladie applicable.

Cette question a été au centre des débats dans l'affaire Müller-Fauré. Notamment les gouvernements néerlandais, espagnol et norvégien, ainsi que l'avocat général D. Ruiz Jarabo-Colomer (conclusions, points 47 et suivants) ont souligné la liberté des États membres d'établir le système de sécurité sociale de leur choix. Or, en l'occurrence, en l'absence d'autorisation préalable, les assurés pourraient s'adresser librement à des prestataires de soins non conventionnés, de telle sorte que c'est le régime même de prestations en nature, dont le fonctionnement dépend essentiellement du système de conventionnement, qui serait menacé dans son existence. En outre, les autorités natio-

⁽²¹¹⁾ À cet égard, il est intéressant d'observer que, dans son arrêt Inizan (précité, point 46), la Cour a transposé sur le terrain de l'article 22, paragraphe 2, second alinéa, du règlement n° 1408/71, qui prévoit précisément que la caisse de maladie de l'État compétent ne peut pas refuser de délivrer l'autorisation lorsque, compte tenu de l'état actuel de santé de l'intéressé et de l'évolution probable de la maladie, les soins ne peuvent être dispensés dans un délai acceptable sur le territoire national, l'analyse à laquelle la Cour a procédé, dans le cadre d'application des articles 49 CE et 50 CE, dans les arrêts Smits et Peerbooms et Muller-Fauré (voir également, en ce sens, arrêt Watts, précité, points 59 à 64).

Cela étant, la Cour a précisé que l'article 22, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 1408/71 ne vise nullement à limiter les hypothèses dans lesquelles peut être obtenue une autorisation. Les États membres sont donc libres de prévoir la délivrance d'autorisations même dans l'hypothèse où aussi les conditions visées à l'article 22, paragraphe 2, second alinéa, ne sont pas remplies.

⁽²¹²⁾ Certes, à propos de la condition posée à l'article 22, paragraphe 2, second alinéa, du règlement n° 1408/71, mais nous savons que cette condition doit être interprétée de la même manière dans le contexte de l'article 49 CE (voir note subpaginale 55).

nales, qui connaissent un tel régime ou un service national de santé seraient contraintes d'introduire dans leur mode d'organisation de l'accès aux soins de santé des mécanismes de remboursement, dans la mesure où, au lieu de bénéficier de prestations de maladie gratuites sur le territoire national, les assurés devraient avancer les sommes nécessaires au paiement des prestations dont ils auraient bénéficié et attendre un certain temps avant d'obtenir le remboursement. De la sorte, les États membres concernés subiraient une conversion forcée vers un système de remboursement, en renonçant aux principes et à l'économie de leur régime d'assurance.

La Cour n'a pas accueilli cette argumentation.

Déjà, dans l'arrêt *Smits et Peerbooms*, elle ne semble précisément pas avoir attaché une importance décisive au type d'organisation de l'assurance maladie en cause.

Dans l'arrêt *Müller-Fauré*, elle soulignera, au contraire, que «la réalisation des libertés fondamentales garanties par le traité oblige inévitablement les États membres à apporter quelques adaptations à leur système de sécurité sociale, sans pour autant que l'on puisse considérer qu'il y aurait de ce fait atteinte à leur compétence souveraine en la matière. Il suffit, à cet égard, de se référer aux adaptations qu'ils ont dû apporter à leurs législations en matière de sécurité sociale pour se conformer au règlement 1408/71, notamment aux conditions prévues à l'article 69 de celui-ci en matière de paiement des prestations de chômage aux travailleurs résidant sur le territoire d'autres membres, alors qu'aucun régime national ne garantissait l'octroi de telles allocations pour des chômeurs inscrits auprès d'une agence d'un autre État membre» (point 102).

En outre, force est de constater qu'une prestation médicale ne perd pas sa qualification de prestation de services au motif qu'elle serait prise en charge au titre d'un régime de prestations en nature ou d'un service national de santé. Telle était pourtant la

thèse défendue, dans l'affaire *Smits et Peerbooms*, par divers États membres qui ont contesté que les services hospitaliers puissent, notamment lorsqu'ils sont dispensés gratuitement en nature, en vertu du régime d'assurance maladie applicable, constituer une activité économique au sens de l'article 60 du traité (devenu article 50 CE). La Cour a jugé, à cet égard, «qu'une prestation médicale dispensée dans un État membre et rétribuée par le patient ne saurait cesser de relever du champ d'application de la libre prestation des services garantissant par le traité du seul fait que le remboursement des soins en cause est sollicité au titre de la législation sur l'assurance maladie d'un autre État membre qui prévoit essentiellement une intervention en nature» (arrêt *Smits et Peerbooms*, point 55).

Ce qui était en cause dans ces dernières affaires, c'était des traitements médicaux dispensés dans un autre État membre et qui avaient bien donné lieu à une rétribution directe des établissements prestataires par le patient (ou, en tout cas, qui auraient dû être rémunérés par ce dernier). C'était précisément l'exigence d'une autorisation préalable pour bénéficier de la prise en charge de ces traitements qui constituait l'obstacle à la libre prestation de services, c'est-à-dire la faculté de recourir à un prestataire médical de son choix dans un État membre autre que l'État d'affiliation.

En tout état de cause, ainsi que l'a également rappelé la Cour, le traité «n'exige pas que le service soit payé par ceux qui en bénéficient (arrêts du 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders* e.a., affaire 352/85, Rec. p. 2085, point 16, et du 11 avril 2000, *Deliège*, affaires C-51/96 et C-191/97, Rec. p. I-2549, point 56)» (point 57). Il suffit que les prestations soient fournies normalement contre rémunération, celle-ci constituant sa contrepartie économique. «En l'occurrence, les paiements effectués par les caisses de maladie dans le cadre du système de conventionnement organisé par la ZFW, fussent-ils forfaitaires, constituent bien la contrepartie économique des prestations hospitalières et présentent indubitablement un caractère rémunérateur dans

le chef de l'établissement hospitalier qui en bénéficie et qui est engagé dans une activité de type économique» (arrêt Smits et Peerbooms, point 58).

Ces considérations seront, en substance, réitérées dans l'arrêt Müller-Fauré, qui conclut, au point 103, qu'il n'y a pas lieu d'établir, sous l'angle de la libre prestation de services, de distinction selon que le patient avance le paiement pour ensuite se faire rembourser ou que la caisse d'assurance maladie paie directement le prestataire. Dans le même sens, que le financement du service se fasse essentiellement par des cotisations obligatoires du travailleur, de l'employeur ou encore par des contributions du budget de l'État est sans pertinence pour la qualification de la prestation.

La Cour a encore confirmé cette analyse dans l'affaire Watts: après avoir constaté que M^{me} Watts avait rétribué directement l'établissement hospitalier français, où le traitement lui avait été dispensé, elle considéra que la circonstance que le remboursement des soins était ultérieurement sollicité auprès d'un service national de santé, tel le NHS, n'était pas de nature à écarter l'application des règles de la libre prestation des services garantie par le traité (points 88 et 89).

C'est à la lumière de ces considérations préalables que la Cour a examiné, dans l'affaire Müller-Fauré, l'argument tiré d'une remise en cause des caractéristiques essentielles du système d'accès aux soins de santé aux Pays-Bas. Trois motifs lui ont permis de rejeter cet argument:

- déjà «dans le cadre même de l'application du règlement 1408/71, les États membres ayant institué un régime de prestations en nature, voire un service national de santé, doivent prévoir des mécanismes de remboursement a posteriori de soins dispensés dans un État membre autre que celui compétent» (point 105; voir également arrêt Watts, précité, point 74). Il en va de la sorte dans le cas où les formalités n'ont pas pu être accomplies pendant le séjour de l'intéressé dans ce dernier État [voir article 34

du règlement (CEE) n° 574/72], ou lorsque l'État compétent a précisément autorisé, conformément à l'article 22, paragraphe 1, point c), du règlement (CEE) n° 1408/71, l'accès aux soins à l'étranger;

- la couverture garantie à l'assuré qui se rend dans un autre État membre pour s'y faire soigner est, en tout état de cause, celle du régime d'assurance maladie de l'État d'affiliation, selon les conditions auxquelles est subordonné l'octroi des prestations — pour autant évidemment qu'elles ne soient ni discriminatoires ni constitutives d'une entrave à la libre prestation de services (point 106);
- enfin, «rien ne s'oppose», observe la Cour, «à ce que l'État membre compétent dans lequel existe un régime de prestations en nature fixe les montants du remboursement auxquels des patients ayant reçu des soins dans un autre État membre peuvent prétendre, pour autant que des montants reposent sur des critères objectifs, non discriminatoires et transparents» (point 107) ⁽²¹³⁾.

⁽²¹³⁾ À cet égard, l'arrêt Watts, précité, apporte les précisions suivantes au regard des spécificités du NHS:

— dans l'hypothèse où la prise en charge au titre de la législation de l'État de séjour n'est pas intégrale, le rétablissement du patient dans la situation qui aurait été la sienne «si le service national de santé dont il relève avait été en mesure de lui fournir gratuitement, dans un délai médicalement acceptable, un traitement équivalent» implique, pour l'institution compétente, de verser, à titre complémentaire, à l'intéressé la différence entre, d'une part, «le montant correspondant au coût, objectivement quantifié, de ce traitement équivalent» et, d'autre part, le montant de l'intervention de l'institution de l'État de séjour, lorsque le premier montant est supérieur au second (point 131);

— le NHS n'est cependant pas tenu «de couvrir en toutes circonstances l'intégralité de la différence entre le montant du coût du traitement hospitalier prodigué dans l'État membre de séjour et celui de l'intervention de l'institution dudit État membre en application des dispositions de celui-ci, y compris lorsque le coût de ce traitement est supérieur au coût d'un traitement équivalent dans l'État membre compétent» (point 132). Il incombe donc au NHS de fixer un prix aux traitements hospitaliers, alors même que la réglementation nationale repose sur la gratuité et ne prévoit aucun barème de remboursement. Mais, à vrai dire, ainsi qu'on l'a vu, des tarifs sont d'ores et déjà appliqués aux patients étrangers qui viennent se faire soigner sur le territoire britannique.

Enfin, pour être complet, on ajoutera que l'arrêt Watts retient une définition assez restrictive de la notion de prestation de maladie en nature, au sens de l'article 22 du règlement (CEE) n° 1408/71, s'agissant des prestations hospitalières: ces prestations doivent être «des prestations médicales proprement dites» ou des «dépenses, indissociablement liées, afférentes au séjour de l'intéressé dans l'établissement hospitalier pour les besoins de son traitement», ce qui exclut la prise en charge des frais de déplacement ou d'hébergement en dehors de l'hôpital (points 136 et 138; voir également arrêt du 15 juin 2006, *Acereda Herrera*, C-466/04, Rec. p. I-5341). Cela étant, si l'État d'affiliation prévoit la prise en charge de telles dépenses pour des traitements dispensés sur le territoire national, l'article 49 CE impose que ce type de frais soit également pris en charge lorsque les soins hospitaliers ont été, sous le couvert d'une autorisation préalable, prodigués dans un autre État membre (point 142).

En conclusion, les exigences de la libre circulation des personnes impliquent assurément des ajustements des régimes nationaux d'assurance maladie, qui ne peuvent pour autant être considérés comme des atteintes à la souveraineté des États membres, ces derniers conservant toute la maîtrise de l'étendue de la couverture garantie et du degré de solidarité nationale qu'ils entendent garantir, notamment, en faveur des plus démunis ou des plus vulnérables ⁽²¹⁴⁾.

D. Conservation des droits en cours d'acquisition

Le bénéfice de nombreuses prestations de sécurité sociale est subordonné à l'accomplissement de périodes d'emploi, d'assurance ou de résidence. Il en résulte que le changement de pays d'emploi ou de résidence peut être générateur de préjudices sérieux pour le travailleur ou les membres de sa famille si l'intéressé n'a pas accompli, sous la législation de l'État compétent, la période de stage nécessaire à l'ouverture du droit à prestations, ou, s'agissant, en particulier, des prestations à long terme, s'il n'a pas accompli, sous les diverses législations d'affiliation, les périodes minimales requises ou suffisantes qui lui permettraient de bénéficier, au total, d'une pension comparable à celle qu'il aurait eue s'il avait passé toute sa carrière dans un seul État.

L'importance du principe de la conservation des droits en cours d'acquisition, emprunté au droit international classique, est évidente. Sa réalisation exige l'utilisation de deux techniques bien connues: celle de la totalisation des périodes et celle de la proratisation des prestations.

Deux arrêts de la Cour particulièrement novateurs ont donné à la règle de la totalisation des périodes d'assurance (ou, le cas échéant, des périodes d'emploi ou de résidence), accomplies sous la législation

de deux ou plusieurs États membres, une portée qui dépasse sensiblement les questions d'ouverture du droit aux prestations et de calcul des prestations pour lesquelles elle avait été conçue à l'origine: il s'agit des arrêts du 26 octobre 1995, *Moscato* (C-481/93, Rec., p. I-3537) et *Klaus* (C-482/93, Rec. p. I-3560).

On rappellera que la règle de la totalisation vise principalement à garantir à une personne qui a travaillé dans un État membre la prise en considération de cette période dans le pays où elle se rend, pour l'ouverture d'un droit à une prestation de sécurité sociale soumise dans ce second État à une condition de stage ou pour en déterminer le montant lorsque celui-ci est fonction de périodes d'assurance accomplies. Cette règle est énoncée par plusieurs dispositions du règlement (CEE) n° 1408/71, relativement aux diverses branches de la sécurité sociale, notamment en matière d'invalidité (article 38, paragraphe 1^{er}) et de maladie (article 18), branches auxquelles se rapportent les affaires *Moscato* et *Klaus*.

M. *Moscato*, de nationalité italienne, avait travaillé en Belgique, puis aux Pays-Bas; il était ensuite devenu chômeur en Belgique avant de retravailler aux Pays-Bas. Mais deux mois plus tard, il a dû cesser toute activité professionnelle en raison de troubles psychiques. Il a perçu des prestations de maladie à charge du régime néerlandais. Toutefois, l'organisme néerlandais, s'appuyant sur la législation nationale en matière d'invalidité, a refusé de lui octroyer des indemnités d'incapacité de travail au motif que, au début de sa dernière activité professionnelle aux Pays-Bas, son état de santé laissait clairement présager l'apparition d'une incapacité de travail moins de six mois plus tard.

L'organisme était-il en droit de prendre, pour point de départ de l'affiliation, la date à laquelle M. *Moscato* s'était affilié au régime néerlandais, en faisant ainsi abstraction des périodes d'affiliation antérieures, accomplies par l'intéressé sous la législation d'un autre État membre? La réponse de la Cour a été négative: la règle de la totalisation, énoncée à l'article 51, point a), du traité et telle que mise en œuvre

⁽²¹⁴⁾ À cet effet, la Commission a élaboré, sur la base de l'article 95 CE, une proposition de directive du Parlement et du Conseil relative à l'application des droits de patients en matière de soins transfrontaliers [COM(2008) 414 final du 2 juillet 2008], reprenant, entre autres, l'enseignement de la jurisprudence de la Cour.

par l'article 38, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 1408/71 dans le domaine de l'assurance invalidité, commande aux institutions compétentes de raisonner comme si l'ensemble de la carrière du travailleur avait été accompli sur un seul et même territoire.

Dans l'arrêt Klaus, la Cour réitère cette interprétation de la règle de totalisation, mais cette fois à propos de l'assurance maladie.

M^{me} Klaus, de nationalité néerlandaise, avait travaillé en Espagne, aux Pays-Bas, de nouveau en Espagne, puis, à compter d'octobre 1989, aux Pays-Bas. À peine quinze jours après le début de la nouvelle activité aux Pays-Bas, elle s'est trouvée dans l'incapacité totale de travailler en raison de maux de dos. Les indemnités de maladie qu'elle a alors réclamées à la caisse néerlandaise compétente lui ont été refusées au motif que, le 20 octobre 1989, date à laquelle son assurance au titre du régime néerlandais d'assurance maladie a pris cours, elle était déjà inapte à exercer son travail.

À l'instar de l'article 38, l'article 18 du règlement a été interprété comme obligeant les institutions compétentes de tenir compte également des périodes d'affiliation accomplies par l'assuré sous la législation d'un autre État membre, comme s'il s'agissait de périodes accomplies sous la législation qu'elles appliquent, en particulier lorsque la législation de l'État compétent soumet l'octroi des prestations de maladie à la condition que l'inaptitude au travail n'ait pas déjà existé au moment de l'affiliation.

Cette jurisprudence a assurément contribué à «déterritorialiser» encore davantage que ne le font les règlements les régimes nationaux de sécurité sociale, à la faveur de l'achèvement du marché intérieur.

E. Devoir de coopération loyale ⁽²¹⁵⁾

L'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire C-165/91, Van Munster (arrêt du 5 octobre 1994, Rec. p. I-4686) et,

⁽²¹⁵⁾ Voir notre étude «Le devoir de loyauté dans l'ordre juridique communautaire», *Droit social*, 1999, p. 908.

plus encore, celui rendu dans l'affaire C-262/97, Engelbrecht (arrêt du 26 septembre 2000, Rec. p. I-3721) fournissent un éclairage nouveau quant à l'étendue des obligations des autorités compétentes des États membres lorsqu'elles font application à un travailleur migrant, en matière de sécurité sociale, de leurs dispositions nationales. Selon la Cour, l'application de la législation nationale au travailleur migrant, opérée de la même façon qu'au travailleur sédentaire, peut avoir des répercussions imprévues et peu compatibles avec le but des articles 39 à 42 CE. Il appartient aux autorités compétentes d'éliminer ces conséquences ou de les atténuer dans la mesure du possible, en mettant en œuvre tous les moyens dont elles disposent et notamment par une interprétation de la loi interne qui soit compatible avec les «exigences du droit communautaire», conformément au principe de coopération loyale énoncé à l'article 10 CE.

Les circonstances de l'affaire Van Munster se prêtaient à une telle analyse. Ainsi, aux Pays-Bas, toute personne mariée de 65 ans a droit à une pension personnelle correspondant à 50 % du salaire minimal net, majorée de 50 % si elle a un conjoint à charge de moins de 65 ans (soit 100 % du salaire minimal net). En Belgique, en revanche, la pension de retraite est calculée sur la base de périodes d'assurance à concurrence de 75 % des rémunérations brutes pour le travailleur dont le conjoint a cessé toute activité professionnelle et ne jouit pas d'une pension («taux ménage») et de 60 % pour les autres travailleurs («taux isolé»).

En l'espèce, M. Van Munster, après avoir bénéficié d'une pension de retraite belge au «taux ménage», s'est vu appliquer, sous la législation belge, le «taux isolé» lorsque son épouse, résidant aux Pays-Bas et inactive, a atteint l'âge de 65 ans et a acquis une pension personnelle de droit néerlandais (50 % du salaire minimal net), alors même que l'octroi de cette pension n'avait entraîné aucune augmentation des ressources globales du couple (puisque l'avait été concomitant à une réduction de même ampleur de la pension du mari). Devant de telles

conséquences, la Cour a jugé que l'obligation de coopération loyale «implique que (les autorités belges) vérifient si leur législation peut être appliquée littéralement au travailleur migrant et de la même manière qu'à un travailleur sédentaire, sans que cette application débouche sur la perte d'un avantage de sécurité sociale pour ce travailleur migrant et qu'elle soit dès lors de nature à le dissuader d'exercer effectivement son droit à la libre circulation». Quant à la juridiction nationale, il lui appartient «de donner à la loi interne qu'elle doit appliquer, dans toute la mesure du possible, une interprétation conforme aux exigences du droit communautaire».

Mais qu'en est-il lorsque les modes d'interprétation de l'ordre juridique interne ne permettent précisément pas une «interprétation conforme aux exigences du droit communautaire»? Le juge national doit-il alors écarter les dispositions nationales en cause?

Selon la jurisprudence *Simmenthal* ⁽²¹⁶⁾, les juridictions nationales ont l'obligation d'assurer le plein effet du droit communautaire, «en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure» (point 21). Faut-il étendre ce principe à l'hypothèse où la disposition nationale, sans être contraire au droit communautaire, crée, dans certaines circonstances, une entrave à la libre circulation des travailleurs, en particulier lorsqu'elle s'applique à une situation comportant des éléments d'extranéité entraînant l'application simultanée de la législation de tel autre État membre?

La Cour a répondu, sans ambages, dans son arrêt *Engelbrecht*:

«Si une telle application conforme n'est pas possible, la juridiction nationale a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant au besoin inappliquée toute dispo-

sition dans la mesure où son application, *dans les circonstances de l'espèce*, aboutirait à un résultat contraire au droit communautaire (voir, dans un sens analogue, arrêt du 21 mai 1987, *Albako*, 249/85, Rec. p. 2345, points 13 et suivants)» (point 40; c'est nous qui soulignons).

Tel était le cas en l'occurrence: la perte d'un avantage social au détriment d'un travailleur du simple fait de l'octroi à son conjoint d'une prestation de même nature, sous la législation d'un autre État membre, alors que cette circonstance n'avait suscité aucune augmentation des ressources globales du ménage (puisque'elle a été concomitante à une réduction de même ampleur de la pension personnelle du travailleur dans ce même État) était «de nature à entraver l'exercice du droit à la libre circulation à l'intérieur de la Communauté», consacrée à l'article 39 CE (points 41 et 42) ⁽²¹⁷⁾.

Cet arrêt s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence de la Cour relative à l'article 10 CE. En effet, il découle de cette jurisprudence que le principe de coopération loyale comporte pour les États membres une obligation spécifique, qui ne saurait se ramener à l'obligation de ne pas adopter un comportement ou un acte contraire au droit communautaire; il leur incombe, en outre, d'assurer, même dans l'exercice de leurs compétences souveraines, l'effectivité du droit communautaire et de garantir la réalisation des buts de la Communauté, du fait de leur appartenance à celle-ci.

Or, le plein effet du droit communautaire exige parfois du juge national, au titre du principe de coopération loyale, qu'il *écarte* une règle nationale dont l'application affecte ou entrave la réalisation des objectifs du traité. La Cour s'est prononcée en ce sens à plusieurs reprises; ainsi, à propos de l'autonomie procédurale des États membres, telle règle

⁽²¹⁶⁾ Arrêt du 9 mars 1978, 106/77, Rec. p. 629.

⁽²¹⁷⁾ Voir également en ce sens l'arrêt du 18 avril 2001, *Duchon*, C-290/00, Rec. p. I-3567, où la Cour a jugé que la perte d'un avantage social pour un travailleur du fait de l'octroi à son conjoint d'une prestation de même nature sous la législation d'un autre État membre, alors que cette circonstance n'avait suscité aucune augmentation des ressources globales du couple, entravait l'exercice du droit à la libre circulation à l'intérieur de la Communauté consacré à l'article 39 CE.

nationale a dû être écartée par le juge car elle empêchait la mise en œuvre de la procédure prévue à l'article 234 CE ⁽²¹⁸⁾, ou parce que, compte tenu des circonstances propres à l'affaire, elle avait pour effet de rendre excessivement difficile l'exercice de droits conférés par l'ordre juridique communautaire ⁽²¹⁹⁾; dans l'affaire *Factortame* ⁽²²⁰⁾, le juge national a été invité, afin de garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir sur l'existence de droits tirés de l'ordre juridique communautaire, à écarter l'application d'un principe de droit anglais selon lequel des mesures provisoires ne peuvent pas être prises contre la Couronne.

Certes, dans les affaires *Van Munster* et *Engelbrecht*, c'était l'application d'une norme nationale, en liaison avec celle de la législation nationale d'un autre État membre, qui était à l'origine de l'entrave. Or, il s'agissait du type même d'entrave à la libre circulation des travailleurs, découlant de la disparité des régimes nationaux de sécurité sociale, qu'il incombait au Conseil d'éliminer conformément à l'article 42 CE par la voie de la coordination. Il n'en reste pas moins que le devoir de loyauté qui pèse sur les États membres comprend l'obligation pour ceux-ci de tout mettre en œuvre pour atteindre les objectifs du traité, même en l'absence de mesures d'exécution des institutions communautaires, en particulier lorsque les circonstances démontrent qu'une telle action est nécessaire dans l'intérêt de la Communauté et que celle-ci ne l'a pas entreprise ⁽²²¹⁾.

Il en est d'autant plus ainsi que, compte tenu de l'évolution constante des législations nationales de sécurité sociale, il est inévitable que la réglementation communautaire ne puisse garantir, en toutes circonstances, l'absence de tout obstacle à la libre circulation des travailleurs découlant des disparités entre les législations nationales.

III. CONCLUSIONS

Ce survol de la jurisprudence de la Cour laisse clairement apparaître l'influence décisive de celle-ci sur l'édification d'une Europe sociale, dans l'un des éléments essentiels de ce qu'il est convenu d'appeler le modèle social européen, même si, sous certains aspects, l'expression est quelque peu abusive ⁽²²²⁾, à savoir la sécurité sociale. Elle est aussi le fruit d'un dialogue permanent et constructif entre la Cour et les juridictions nationales appelées à se prononcer, en première ligne, sur les questions d'interprétation et d'application de la réglementation communautaire en la matière, qui souffre, il faut bien le reconnaître, d'un certain ésotérisme. Ce dialogue est d'autant plus crucial que les juges nationaux, «face au stade ultime de l'application de la règle», selon l'expression heureuse de Louis Dubouis ⁽²²³⁾, sont les garants du respect des droits que tirent les citoyens européens, ainsi d'ailleurs que les ressortissants de pays tiers, de l'ordre juridique communautaire.

⁽²¹⁸⁾ Voir l'arrêt du 16 janvier 1974, *Rheinmühlen*, 166/73, Rec. p. 32, points 2 et 3.

⁽²¹⁹⁾ Voir l'arrêt du 14 décembre 1991, *Peterbroeck*, C-312/93, Rec. p. I-4599.

⁽²²⁰⁾ Voir l'arrêt du 19 juin 1990, C-213/89, Rec. p. I-2433.

⁽²²¹⁾ Voir, en ce sens, l'arrêt du 10 juillet 1980, *Commission/Royaume-Uni*, 32/79, Rec. p. 2403, points 10, 15 et 25, où la Cour a considéré que le Royaume-Uni était tenu, en vertu de l'ex-article 5 (devenu article 10), de prendre les mesures nécessaires pour garantir la conservation des ressources de pêche dans la zone considérée, qui constitue l'un des objectifs du traité, et ce avant l'expiration de la période de transition prévue par l'acte d'adhésion (en particulier, lorsque la Communauté ne parvient pas, en raison de divergences de vues persistantes au sein du Conseil, à mener une politique déterminée), donc avant que la compétence en la matière n'appartienne exclusivement à la Communauté. Certes, la Cour a entouré l'adoption des mesures nationales de strictes limites de nature à préserver l'exercice des compétences communautaires, mais le principe même d'une obligation à charge de l'État membre a été reconnu par la Cour au titre de l'article 10 CE.

⁽²²²⁾ Voir notre étude «Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d'un juste équilibre entre l'économique et le social», *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne* (sous la direction de J.-V. Louis et S. Rodrigues), Bruylant, 2006, p. 99 et 100.

⁽²²³⁾ «La responsabilité de l'État pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire», *RFDA*, 1992, p. 9.

LES ACCOMPLISSEMENTS DE CINQUANTE ANNÉES DE COORDINATION EUROPÉENNE DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

Rob Cornelissen ⁽²²⁴⁾
*Commission européenne,
direction «Protection et intégration sociales»*

De nationalité néerlandaise, Rob Cornelissen est diplômé de la faculté de droit de l'université catholique de Nimègue (Pays-Bas), où il a obtenu son doctorat en 1984.

Il travaille au service de la DG Emploi de la Commission européenne depuis septembre 1983.

Il a dirigé différents services de la DG Emploi entre le 1^{er} mai 1990 et le 1^{er} septembre 2008.

Il est conseiller auprès de la direction «Protection et intégration sociales» de la DG Emploi depuis le 1^{er} septembre 2008.

Il a rédigé de nombreux articles et a coécrit plusieurs ouvrages sur des questions relatives à la libre circulation des travailleurs et à la coordination de la sécurité sociale (*).



I. INTRODUCTION

Il est impossible de présenter en quelques pages tout ce que le système de coordination a permis d'accomplir depuis 1958, année d'adoption des règlements n° 3 et n° 4. Choisir signifie forcément renoncer à traiter certaines questions, même importantes. Bien sûr, cette présentation n'a pas la prétention d'effectuer une description complète de toutes les réalisations des cinquante dernières années dans le système de coordination. Dans cette intervention, je m'intéresserai aux accomplissements dans les domaines suivants:

- l'impact de la coordination sur le principe de territorialité;
- le spectre étendu des personnes protégées par le système de coordination;

- l'adaptabilité du champ d'application matériel du système de coordination en cas d'évolution de la législation nationale;
- un système de coordination séparé pour les prestations spéciales à caractère non contributif, fruit de l'interaction entre la Cour et le corps législatif;
- le grand impact du principe de l'égalité de traitement;
- le rôle toujours aussi important du système de coordination, premier instrument conçu pour les soins de santé transfrontaliers.

Ma présentation sera axée sur les réalisations positives au cours de ces cinquante dernières années. Cela ne signifie pas que je ne sois pas conscient des défis qui restent à affronter. J'en mentionnerai d'ailleurs quelques-uns en conclusion.

Des accomplissements malgré leurs limites

Avant d'examiner les points mentionnés ci-dessus, il convient de rappeler que nous devons nous

(*) Cette contribution a été traduite à partir de la version anglaise originale.

(224) Rob Cornelissen est conseiller à la direction «Protection et intégration sociales» de la Commission européenne à Bruxelles. Cet article ne reflète que le point de vue personnel de l'auteur.

conformer aux limites imposées par l'objectif de l'article 42 du traité CE.

Comme l'a expliqué Simon Roberts dans son intervention, les règlements fondés sur cet article coordonnent uniquement les différents régimes de sécurité sociale. En aucun cas ils ne peuvent modifier les disparités entre les différents régimes, concernant par exemple la notion de «membres de la famille» (partenariats enregistrés, mariages homosexuels, limites d'âge des enfants pour l'ouverture des droits aux prestations familiales, etc.), la notion d'«invalidité» (une personne ayant travaillé dans trois États membres peut être considérée totalement invalide dans le premier, partiellement dans le deuxième et pas du tout dans le troisième) ou l'âge d'ouverture des droits aux prestations de retraite. Comme l'a déclaré la Cour, ces disparités peuvent faire qu'une personne qui a déménagé dans un autre État membre soit lésée par rapport à une personne qui a accompli toute sa carrière dans le même pays⁽²²⁵⁾. Expliquer ces limites de la «coordination» aux citoyens européens s'avère parfois très difficile.

II. L'IMPACT DU SYSTÈME DE COORDINATION SUR LE PRINCIPE DE TERRITORIALITÉ

Appliquer exclusivement la législation nationale pourrait avoir des conséquences fâcheuses pour les personnes qui vont s'installer dans un autre État membre. En général, les législations nationales sur la sécurité sociale ne prennent pas en compte la situation particulière des personnes ayant travaillé ou résidé dans un autre État⁽²²⁶⁾. Elles structurent leurs régimes de sécurité sociale en fonction d'objectifs nationaux. Par exemple, elles limitent leurs régimes de sécurité sociale aux personnes qui tra-

vailent ou résident sur leur territoire, elles assurent des prestations à celles qui ont travaillé ou résidé un certain temps dans le pays et ont été couvertes par le régime national de sécurité sociale, elles offrent des prestations familiales aux personnes assurées dont les enfants résident sur leur territoire et elles soumettent le paiement de certaines prestations à une condition de résidence sur le territoire national. De façon générale, le «principe de territorialité»⁽²²⁷⁾ fait référence à la liberté des États membres d'utiliser ces critères territoriaux pour définir le champ d'application de leurs régimes de sécurité sociale et définir les conditions d'ouverture des droits et de versement des prestations.

Les règlements communautaires cherchent à rectifier les effets de ce «principe de territorialité»⁽²²⁸⁾ pour les travailleurs migrants et les membres de leur famille.

Pour atteindre cet objectif, de nombreuses dispositions ont été intégrées dans les règlements élaborés et renforcés au fil des ans, notamment l'effet juridique exclusif⁽²²⁹⁾ et contraignant⁽²³⁰⁾ des règles sur les conflits de lois, la totalisation des périodes

⁽²²⁷⁾ Tegtmeier, Werner, «Erfahrungen und Vorstellungen aus deutscher Sicht», *Wechselwirkungen zwischen dem Europäischen Sozialrecht und dem Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, 1991.

⁽²²⁸⁾ Cornelissen, Rob, «The principle of territoriality and the Community Regulations on social security (Regulations 1408/71 and 574/72)», *Common Market Law Review*, vol. 33, 1996.

⁽²²⁹⁾ Cela signifie que les personnes couvertes par le système de coordination sont soumises à la législation d'un seul État membre: article 13, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 1408/71 et article 11, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 883/2004. La validité de cette disposition a été confirmée par la Cour: arrêt du 12 juin 1986, affaire 302/84, Ten Holder, arrêt du 10 juillet 1986, affaire 60/85, Luyten et arrêt du 15 février 2000, affaire C-34/98, Commission/France. Néanmoins, dans son récent arrêt du 20 mai 2008, affaire C-352/06, Bosmann, la Cour a statué que l'État membre de résidence, même s'il n'est pas compétent, ne peut pas être privé du droit d'octroyer des prestations familiales à des personnes qui résident sur son territoire. Cet arrêt signe-t-il la fin de l'effet exclusif des règles de conflit de loi? L'arrêt n'est pas tout à fait clair sur ce point. D'une part, la Cour est parvenue à la conclusion que l'État de résidence ne peut pas être privé de son droit d'octroyer des prestations familiales même s'il n'est pas compétent parce que les dispositions du règlement (CEE) n° 1408/71 doivent être interprétées à la lumière des objectifs de l'article 42 du traité CE. D'autre part, la Cour a déclaré de façon explicite que la législation communautaire (et pas seulement le règlement) n'oblige pas les autorités allemandes à verser des prestations familiales.

⁽²³⁰⁾ Cela signifie que les conditions nationales d'affiliation sont écartées si leur application prive la règle communautaire de conflit de loi de tout effet pratique. Par exemple, une personne qui réside dans un État membre, mais travaille dans un autre ne peut pas être exclue du régime de sécurité sociale du pays où elle travaille pour la seule raison qu'elle n'y réside pas: arrêts du 3 mai 1990, affaire C-2/89, Kits van Heijningen, et du 4 octobre 1991, affaire C-196/90, De Paep.

⁽²²⁵⁾ Arrêt du 19 mars 2002, affaires jointes C-393/99 et C-394/99, Hervein et Hervillier.

⁽²²⁶⁾ Bien sûr, il y a des exceptions à cette règle, par exemple les dispositions qui visent à éviter l'accumulation des prestations pour empêcher qu'une personne qui a droit à des prestations dans l'État membre concerné puisse en percevoir d'autres selon la législation d'un autre État.

d'assurance pour l'ouverture des droits aux prestations ⁽²³¹⁾, la renonciation aux clauses de résidence ⁽²³²⁾ et l'assimilation transfrontalière des faits ⁽²³³⁾. Comme l'a clairement exposé Simon Roberts, depuis le tout début, l'objectif des règlements est d'éliminer, dans le domaine de la sécurité sociale, tous les obstacles à la libre circulation effective des travailleurs. Toutes les dispositions des règlements doivent être interprétées à la lumière de l'article 42 du traité CE. Cela signifie, par exemple, que les dispositions relatives à la totalisation doivent être entendues au sens large de façon à s'appliquer même dans des cas qui n'entrent pas littéralement dans leur champ d'application ⁽²³⁴⁾. Par conséquent, il arrive qu'il faille interpréter une disposition d'une façon qui n'a pas été prévue pas le corps législatif ⁽²³⁵⁾.

Dans une Union européenne constituée de 27 États membres, il est devenu presque impossible de résoudre tous les problèmes susceptibles de se poser dans le domaine de la sécurité sociale et d'affecter les personnes circulant dans l'Union. Il peut arriver que le fait d'appliquer la législation nationale de la même façon pour un travailleur migrant que pour un travailleur sédentaire entraîne des conséquences imprévues, incompatibles avec les objectifs des articles 39 et 42 du traité CE. Dans ce cas, en vertu du principe de la coopération de bonne foi stipulé à l'article 10 du traité CE, les autorités compétentes des États membres sont tenues d'utiliser tous les moyens à leur disposition pour atteindre l'objectif de libre circulation établi dans les articles 39 à 42 du traité CE ⁽²³⁶⁾. Cette exigence

force les autorités, lorsqu'elles appliquent la législation nationale, à l'interpréter dans la mesure du possible de façon à respecter les exigences de la législation communautaire. Lorsque cela s'avère impossible, les autorités nationales doivent appliquer entièrement le droit communautaire et renoncer le cas échéant à appliquer la législation nationale ⁽²³⁷⁾.

III. LE SPECTRE ÉTENDU DES PERSONNES PROTÉGÉES PAR LE SYSTÈME DE COORDINATION

A. Des travailleurs aux citoyens de l'UE

À l'origine, l'intégration européenne se limitait au marché commun. La motivation du concept des quatre libertés — capital, marchandises, services et personnes — était d'ordre économique. Le fondement philosophique des règlements était d'éviter que les travailleurs soient pénalisés dans le domaine de la sécurité sociale parce qu'ils faisaient ou avaient fait usage de leur droit de libre circulation. Par conséquent, le règlement n° 3 ne couvrait que les «travailleurs salariés et assimilés», ressortissant d'un État membre, ainsi que les membres de leur famille et leurs survivants.

La définition très large du terme de «personne salariée» utilisé dans le règlement (CEE) n° 1408/71 reflète la jurisprudence de la Cour concernant la notion de «travailleur» dans le règlement n° 3 ⁽²³⁸⁾. Sont concernées toutes les personnes protégées par le système de sécurité sociale d'un État membre applicable aux personnes salariées et qui se déplacent à l'intérieur de l'Union pour quelque motif que ce soit. Contrairement au règlement (CEE) n° 1612/68 fondé sur l'article 39 du traité CE, pour invoquer le règlement (CEE) n° 1408/71 fondé sur l'article 42 du traité CE, il n'est pas nécessaire d'avoir

⁽²³¹⁾ Articles 6 et 61 du règlement (CE) n° 883/2004.

⁽²³²⁾ Articles 7 et 67 du règlement (CE) n° 883/2004.

⁽²³³⁾ Article 5 du règlement (CE) n° 883/2004.

⁽²³⁴⁾ Arrêts du 26 octobre 1995, affaires C-481/93, *Moscato*, et C-482/93, *Klaus*.

⁽²³⁵⁾ Arrêts du 10 juin 1982, affaire 92/81, *Carraciolo*, du 23 octobre 1986, affaire 300/84, *Van Roosmalen*, du 9 novembre 2006, affaire C-205/05, *Nemec*, et du 20 mai 2008, affaire C-352/06, *Bosmann*. La conséquence ultime est qu'une disposition stipulée dans un règlement sera considérée comme nulle si elle est contraire à l'objectif des articles 39 et 42: voir les arrêts du 21 octobre 1975, affaire 24/75, *Petroni*, du 15 janvier 1986, affaire 41/84, *Pinna*, du 18 avril 2002, affaire C-290/00, *Duchon*, et du 31 mai 2001, affaire C-43/99, *Leclerc*.

⁽²³⁶⁾ Arrêts du 5 octobre 1994, affaire C-165/91, *Van Munster*, et du 26 septembre 2000, affaire C-262/97, *Engelbrecht*.

⁽²³⁷⁾ Voir point 40 de l'arrêt *Engelbrecht*.

⁽²³⁸⁾ Voir aussi le point de vue de l'avocat général M. Mayras dans l'affaire 17/76, *Brack*.

fait usage du droit de libre circulation. En fait, ce dernier règlement contient plusieurs dispositions qui sortent du cadre de la libre circulation. Par exemple, l'article 22, paragraphe 1, point a), du règlement (CEE) n° 1408/71 garantit que les travailleurs salariés ou non salariés (ou les étudiants) — même s'ils n'ont jamais travaillé dans un autre État membre — ainsi que les membres de leur famille, qui séjournent de façon temporaire dans un autre État que celui dans lequel ils sont assurés, ont droit à toutes les prestations en nature nécessaires du point de vue médical ⁽²³⁹⁾.

Le champ d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 a été étendu aux personnes non salariées en 1981 et aux étudiants en 1999 ⁽²⁴⁰⁾.

Dans sa jurisprudence, la Cour a souligné à plusieurs reprises que l'objectif du règlement (CEE) n° 1408/71 n'était pas seulement de promouvoir la libre circulation des travailleurs, mais aussi de promouvoir leur liberté d'établissement ⁽²⁴¹⁾, leur liberté de fournir des services ⁽²⁴²⁾ et même la libre circulation des personnes ⁽²⁴³⁾.

L'article 22 *bis* du règlement (CEE) n° 1408/71 est un autre exemple frappant qui montre que le règlement est allé bien au-delà du cadre d'origine limité à la libre circulation des travailleurs. En effet, depuis le 1^{er} janvier 1996 ⁽²⁴⁴⁾ la protection prévue à l'article 22, paragraphe 1, points a) et c), s'applique

également aux *personnes* qui sont des ressortissants d'un État membre et qui sont assurées en vertu de la législation d'un État membre (par exemple les personnes inactives couvertes par un régime basé sur la résidence).

L'instauration de la citoyenneté de l'Union par le traité de Maastricht a marqué un pas décisif dans la transformation de la Communauté économique européenne, axée sur les problèmes économiques, en une Union européenne politique défendant les intérêts et le bien-être de tous les citoyens, qu'ils participent ou non à des activités économiques. Dans un passé récent, on observait une approche au coup par coup ⁽²⁴⁵⁾ du droit de libre circulation et de résidence dans l'UE. La citoyenneté de l'Union confère le droit de libre circulation à tous les citoyens de l'Union, et c'est pourquoi il existe aujourd'hui un seul instrument communautaire pour administrer les droits de libre circulation et de résidence au sein de l'Union ⁽²⁴⁶⁾. Il n'est donc guère surprenant que la Commission, lorsqu'elle a présenté sa proposition en 1998 ⁽²⁴⁷⁾ de simplifier et moderniser le règlement (CEE) n° 1408/71, ait proposé d'étendre le champ d'application du nouveau règlement à tous les ressortissants de l'UE couverts par la législation nationale ⁽²⁴⁸⁾. Le Parlement a donné son accord: le règlement (CE) n° 883/2004 s'applique à tous les ressortissants de l'UE assurés en vertu d'une législation nationale, qu'ils soient salariés, non salariés, étudiants, fonctionnaires, retraités ou même inactifs, ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants.

⁽²³⁹⁾ Les coûts sont pris en charge par l'État compétent.

⁽²⁴⁰⁾ L'article 1^{er}, point c) *bis*, du règlement (CEE) n° 1408/71 désigne par le terme «étudiant» «toute personne autre qu'un travailleur salarié ou non salarié ou un membre de sa famille ou survivant au sens du présent règlement, qui suit des études ou une formation professionnelle conduisant à une qualification officiellement reconnue par les autorités d'un État membre et qui est assurée dans le cadre d'un régime général de sécurité sociale ou d'un régime spécial de sécurité sociale applicable aux étudiants».

⁽²⁴¹⁾ Arrêt du 19 mars 2002, affaires jointes C-393/99 et C-394/99, Hervein.

⁽²⁴²⁾ Arrêts du 10 février 2000, affaire C-202/97, Fitzwilliam, point 28; du 23 octobre 2003, affaire C-56/01, Inizan, points 21 et 25; du 12 avril 2005, affaire C-145/03, Keller, point 46; et du 16 mai 2006, affaire C-372/04, Watts, point 54.

⁽²⁴³⁾ Arrêts du 23 novembre 2000, affaire C-135/99, Elsen; du 12 juillet 2001, affaire C-368/98, Vanbraekel, point 32; du 23 octobre 2003, affaire C-56/01, Inizan, points 21 et 25; du 12 avril 2005, affaire C-145/03, Keller, point 46; et du 16 mai 2006, affaire C-372/04, Watts, point 54.

⁽²⁴⁴⁾ Règlement (CE) n° 3095/95 du 22 décembre 1995, JO L 335 du 30.12.1995.

⁽²⁴⁵⁾ Règlement (CEE) n° 1612/68 du 15 octobre 1968, JO L 257 du 19.10.1968; directive 68/360/CEE du Conseil du 15 octobre 1968, JO L 57 du 19.10.1968; directive 73/148/CEE du Conseil du 21 mai 1973, JO L 172 du 28.6.1973; directive 90/364/CEE du Conseil du 28 juin 1990, JO L 180 du 13.7.1990; directive 90/365/CEE du Conseil du 28 juin 1990, JO L 180 du 13.7.1990; directive 93/96/CEE du Conseil du 29 octobre 1993, JO L 317 du 18.12.1993.

⁽²⁴⁶⁾ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, JO L 229 du 29.6.2004.

⁽²⁴⁷⁾ JO C 38 du 12.2.1999.

⁽²⁴⁸⁾ À condition, bien sûr, qu'il y ait un élément transfrontalier: les règlements communautaires fondés sur l'article 42 du traité CE ne s'appliquent pas aux situations dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre: arrêts du 11 octobre 2001, affaire C-95/99, Khalil, points 69 à 72, et du 1^{er} avril 2008, affaire C-212/06, gouvernement wallon/gouvernement flamand, point 33.

B. Les membres de la famille, de Kermaschek à Cabanis-Isarte

Comme nous l'avons déjà mentionné, le règlement (CEE) n° 1408/71 s'applique aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux étudiants qui sont ou ont été soumis à la législation d'un ou plusieurs États membres et qui sont des ressortissants de l'un des États membres ⁽²⁴⁹⁾, ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants.

Cependant, les membres de la famille et les survivants ne sont pas couverts par l'intégralité du règlement. Selon la Cour, le corps législatif communautaire distingue deux catégories: d'une part, les travailleurs, et, d'autre part, les membres de leur famille et leurs survivants. Dans son arrêt du 23 novembre 1976 ⁽²⁵⁰⁾, la Cour a statué que les membres de la famille ou les survivants ne pouvaient invoquer le règlement qu'en ce qui concerne les droits dérivés, c'est-à-dire les droits que leur confère leur statut de membres de la famille ou de survivants de percevoir des prestations comme les prestations familiales, de soins de santé ou de survivants. C'est ce qu'on appelait le principe Kermaschek et qui signifiait que les membres de la famille ou les survivants *ne pouvaient* invoquer le règlement *que* pour ce qui concernait les prestations acquises du fait de leur statut de membres de la famille. En vingt ans, la Cour a considérablement enrichi sa jurisprudence. Dans l'arrêt Cabanis-Isarte ⁽²⁵¹⁾, la Cour a limité le champ d'application de la règle Kermaschek aux cas où un membre de la famille du travailleur invoque des dispositions du règlement exclusivement applicables aux travailleurs. Dans la pratique, cela signifie que les membres de la famille *peuvent* désormais invoquer le règlement *sauf* en ce qui concerne les dispositions applicables uniquement aux travailleurs, notamment le chapitre sur les «prestations de chômage». Par exemple, les membres de la famille peu-

vent désormais se prévaloir du principe de l'égalité de traitement, stipulé à l'article 3 du règlement (CEE) n° 1408/71. Autre exemple: si un travailleur salarié est soumis à la législation d'un État membre et vit avec sa famille dans un autre État membre, son épouse a le droit, en vertu de l'article 73 du règlement (CEE) n° 1408/71, de percevoir une prestation familiale, par exemple une allocation parentale d'éducation, dans l'État où son mari travaille. L'épouse ne saurait se voir refuser cette prestation, au motif de la distinction entre les droits personnels du travailleur et les droits dérivés acquis par les membres de sa famille, car cette distinction n'est pertinente que si un membre de la famille du travailleur invoque les dispositions du règlement (CEE) n° 1408/71 applicables uniquement au travailleur et non aux membres de sa famille, comme celles qui ont trait aux prestations de chômage ⁽²⁵²⁾, mais elle ne s'applique pas, en principe, aux prestations familiales ⁽²⁵³⁾.

C. Inclusion des ressortissants des pays tiers dans le système de coordination

Les ressortissants de pays tiers, membres de la famille ou survivants d'un travailleur salarié, d'un travailleur non salarié ou d'un étudiant qui est un ressortissant de l'UE et qui est ou a été soumis à la législation d'un État membre, ont toujours été couverts par les règlements de coordination. Cependant, comme nous l'avons vu au paragraphe 2, cela n'assure qu'une protection limitée.

Les seules personnes qui peuvent se prévaloir de l'intégralité des règlements communautaires sont les travailleurs salariés et non salariés (ainsi que les étudiants) qui sont des ressortissants de l'un des États membres ou bien des apatrides ou des réfugiés résidant sur le territoire d'un des États membres. Cela signifie que les travailleurs salariés et non salariés ressortissants de pays tiers ne sont,

⁽²⁴⁹⁾ Ou bien des apatrides ou des réfugiés résidant sur le territoire d'un des États membres.

⁽²⁵⁰⁾ Arrêt du 23 novembre 1976, affaire 40/76, Kermaschek.

⁽²⁵¹⁾ Arrêt du 30 avril 1996, affaire C-308/93.

⁽²⁵²⁾ Arrêt du 25 octobre 2001, affaire C-189/00, Ruhr.

⁽²⁵³⁾ Arrêt du 10 octobre 1996, affaires jointes C-245/94 et C-312/94, Hoefer-Zachow.

en principe, pas couverts par le règlement (CEE) n° 1408/71. Et pourquoi pas?

Comme nous l'avons vu précédemment, le fondement conceptuel des règlements de coordination était d'éviter que les travailleurs soient pénalisés dans le domaine de la sécurité sociale parce qu'ils faisaient ou avaient fait usage de leur droit de libre circulation consacré par l'article 39 du traité CE. Étant donné que seuls les travailleurs ressortissant d'un État membre jouissaient de la libre circulation ⁽²⁵⁴⁾, il était logique en ce temps-là de réserver la protection qu'offrent les règlements fondés sur l'article 51 du traité CEE (correspondant actuellement à l'article 42 du traité CE) aux travailleurs ressortissants d'un État membre. C'est pour cette raison que le règlement (CEE) n° 1408/71, à l'instar du règlement n° 3 précédent, s'applique uniquement aux travailleurs salariés (et non salariés) qui sont des ressortissants ⁽²⁵⁵⁾ d'un État membre ⁽²⁵⁶⁾.

En novembre 1997, la Commission a présenté une proposition visant à étendre le champ d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 aux ressortissants de pays tiers ⁽²⁵⁷⁾. Mais cette proposition à la base juridique contestée n'a pas abouti. Trois États membres (le Danemark, l'Irlande et le Royaume-Uni) ont considéré qu'en raison de la relation étroite entre l'article 48 (correspondant actuellement à l'article 39 du traité CE) et l'article 51 (correspondant actuellement à l'article 42 du traité CE), ce dernier ne pouvait constituer une base juridique justifiant l'extension du champ d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 aux ressortissants de pays tiers. Les divergences concernant la base juridique ont entraîné la suspension de la proposition.

Dans l'arrêt Khalil du 11 octobre 2001 ⁽²⁵⁸⁾, la Cour a reconnu de façon implicite que l'article 42 du traité CE n'offrait pas une base juridique justifiant l'extension du règlement aux ressortissants de pays tiers.

Depuis une dizaine d'années, le développement de la base juridique et de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme a ouvert la voie à l'extension du champ d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 aux ressortissants de pays tiers. Le traité d'Amsterdam a vu l'insertion de l'article 63, qui attribue une compétence communautaire spécifique pour légiférer sur les mesures relatives à la politique d'immigration, ainsi que sur les mesures qui définissent les droits et les conditions dans lesquelles les ressortissants de pays tiers qui résident régulièrement dans un État membre peuvent résider dans un autre État membre.

Autre avancée importante: l'adoption de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée solennellement en décembre 2000 à Nice par le Parlement européen, le Conseil et la Commission européenne. Elle consacre un certain nombre de droits s'appliquant aux ressortissants des États membres, mais aussi aux ressortissants de pays tiers qui résident régulièrement dans un État membre ⁽²⁵⁹⁾. L'arrêt Gaygusuz ⁽²⁶⁰⁾ de la Cour européenne des droits de l'homme a élargi la perspective juridique des débats sur l'extension du champ d'application personnel du règlement (CEE) n° 1408/71 aux ressortissants de pays tiers. En effet, dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme déclare que les droits à la sécurité sociale sont des droits de propriété et que, par conséquent, l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale est garantie par la Convention européenne

⁽²⁵⁴⁾ Arrêt du 29 octobre 1998, affaire C-230/97, Awoyemi, point 29.

⁽²⁵⁵⁾ Ou bien des apatrides ou des réfugiés résidant sur le territoire d'un des États membres. Pour comprendre les raisons qui ont motivé l'inclusion des apatrides et des réfugiés dans le champ d'application personnel des règlements communautaires, voir l'arrêt du 11 octobre 2001, affaires jointes C-95/99 à C-98/99 et C-180/99, Khalil.

⁽²⁵⁶⁾ Ainsi qu'aux membres de leur famille et aux survivants, indépendamment de leur nationalité (voir le paragraphe 2 ci-dessus).

⁽²⁵⁷⁾ JO C 6 du 10.1.1998.

⁽²⁵⁸⁾ Affaires jointes C-95/99 à C-98/99 et C-180/99.

⁽²⁵⁹⁾ La charte est désormais intégrée dans le traité de Lisbonne et a la même valeur que les traités. L'article 6, paragraphe 3, du nouveau traité sur l'Union européenne stipule: «Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux.»

⁽²⁶⁰⁾ Arrêt du 16 septembre 1996, affaire 39/1995/545/631, Gaygusuz/Autriche.

de protection des droits de l'homme. À la suite de cet arrêt, des ouvrages spécialisés s'interrogent ⁽²⁶¹⁾: l'exclusion des ressortissants des pays tiers du champ d'action du règlement (CEE) n° 1408/71 est-elle compatible avec les droits fondamentaux intégrés dans les principes généraux du droit communautaire?

Lors de sa réunion extraordinaire de Tampere en octobre 1999, le Conseil européen met en place les piliers de la politique européenne d'immigration. Selon l'un de ces piliers, l'Union européenne doit assurer «un traitement équitable aux ressortissants de pays tiers qui résident légalement sur le territoire de ses États membres, leur offrir des droits et obligations comparables à ceux des citoyens de l'Union européenne».

En février 2002, ces avancées conduisent la Commission à soumettre une nouvelle proposition ⁽²⁶²⁾, fondée cette fois-ci sur l'article 63, paragraphe 4, du traité CE ⁽²⁶³⁾, visant à étendre le règlement (CEE) n° 1408/71 aux ressortissants de pays tiers. La proposition de 1997 est retirée au même moment. Le 14 mai 2003, le règlement (CE) n° 859/2003 du Conseil ⁽²⁶⁴⁾ est adopté. Il étend le champ d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 aux ressortissants de pays tiers. Il s'agit du premier texte juridique communautaire adopté en vertu du nouvel article 63, paragraphe 4, du traité CE ⁽²⁶⁵⁾.

Grâce au règlement (CE) n° 859/2003, les ressortissants de pays tiers sont désormais couverts par l'actuel règlement (CEE) n° 1408/71. Il est indéniable que l'extension du champ d'application personnel du règlement (CEE) n° 1408/71 a considérablement

renforcé le statut juridique des ressortissants de pays tiers au sein de l'UE. En fait, dans le domaine de la sécurité sociale, les ressortissants de pays tiers qui passent d'un État membre à un autre sont désormais traités de la même façon ⁽²⁶⁶⁾ que les ressortissants de l'UE. Cependant, l'extension du champ d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 est soumise à deux conditions. Premièrement, la personne concernée doit résider régulièrement sur le territoire d'un État membre. Ceci est une conséquence de l'article 63, paragraphe 4, du traité CE qui constitue la base juridique du règlement. Aucun acte législatif communautaire ne définit ce que l'on entend par «résider régulièrement» ⁽²⁶⁷⁾. Les ressortissants de pays tiers qui résident régulièrement sur le territoire d'un État membre sont ceux qui satisfont aux conditions de résidence stipulées par la législation nationale de leur pays de résidence, ainsi que ceux qui sont autorisés à séjourner dans ce pays en vertu d'un droit découlant d'un acte juridique communautaire ⁽²⁶⁸⁾ ou d'une obligation internationale contractée par l'État membre en question ou par la Communauté européenne, en particulier dans le cadre d'accords d'association. Deuxièmement, la personne concernée doit être dans une situation «dont tous les éléments ne se cantonnent pas à l'intérieur d'un seul État membre» ⁽²⁶⁹⁾. En d'autres termes: il doit exister un élément transfrontalier entre deux États membres au moins. Un travailleur libanais, par exemple, résidant et travaillant en Allemagne, ne peut pas invoquer le règlement (CEE) n° 1408/71 pour réclamer les mêmes prestations familiales que celles octroyées aux ressortissants allemands, si ses enfants résident en Allemagne. Cependant, si ses enfants résident dans un autre État membre, il peut

⁽²⁶¹⁾ Herwig Verschueren, «EC social security coordination excluding third country nationals: still in line with fundamental rights after the *Gaygusuz* judgement?», *Common Market Law Review*, 1997, p. 991-1017.

⁽²⁶²⁾ JO C 126 du 28.5.2002, p. 388.

⁽²⁶³⁾ En décembre 2001, le Conseil européen de Laeken est déjà parvenu à un accord sur le caractère approprié de l'article 63 comme base juridique d'une éventuelle extension du règlement (CEE) n° 1408/71 aux ressortissants de pays tiers.

⁽²⁶⁴⁾ JO L 124 du 20.5.2003.

⁽²⁶⁵⁾ Un autre texte juridique sera adopté par la suite en vertu de l'article 63, paragraphe 4, du traité CE: la directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, JO L 16 du 23.1.2004.

⁽²⁶⁶⁾ Les dispositions spéciales stipulées dans l'annexe relative aux prestations familiales en Allemagne et en Autriche n'ont qu'un effet limité.

⁽²⁶⁷⁾ D'autres versions linguistiques de l'article 63, paragraphe 4, du traité CE font référence à la notion de «séjour» plutôt que de «résidence». En voici quelques exemples: en allemand: «[...] *die sich rechtmässig in einem Mitgliedstaat aufhalten*», en français: «[...] en situation régulière de séjour dans un État membre», et en néerlandais: «[...] *die legaal in een lidstaat verblijven*».

⁽²⁶⁸⁾ Par exemple, la directive 2001/55/CE du 20 juillet 2009, la directive 2003/109/CE du 25 novembre 2003 et la directive 2004/81/CE du 29 avril 2004.

⁽²⁶⁹⁾ Ce libellé reprend exactement la formulation de la Cour dans l'arrêt *Khalil*.

invoquer le règlement (CEE) n° 1408/71, car il existe un élément transfrontalier entre les deux États membres.

Le fait d'exiger l'existence d'un élément transfrontalier entre au moins deux États membres signifie que le règlement (CE) n° 859/2003 ne garantit pas toujours l'égalité de traitement entre les ressortissants de pays tiers résidant régulièrement dans un État membre et les ressortissants de l'UE dans ce même pays. Certaines catégories de ressortissants de pays tiers bénéficient de l'égalité de traitement dans le domaine de la sécurité sociale même s'il n'existe pas d'élément transfrontalier entre les États membres, par exemple les chercheurs ⁽²⁷⁰⁾ ou les résidents de longue durée dans un État membre ⁽²⁷¹⁾, ou encore les personnes protégées par des dispositions spécifiques sur l'égalité de traitement, stipulées dans des accords internationaux conclus entre l'UE et certains pays tiers. Les travailleurs turcs, par exemple, peuvent invoquer directement l'article 3 de la décision 3/80 ⁽²⁷²⁾ du Conseil d'association CEE-Turquie, du 19 septembre 1980, pour obtenir l'égalité de traitement dans le domaine de la sécurité sociale avec les ressortissants du pays membre d'accueil, même s'il n'existe pas d'élément transfrontalier entre deux États membres. Les dispositions sur l'égalité de traitement stipulées dans les accords conclus avec l'Algérie, le Maroc et la Tunisie ont également un effet direct, comme l'a formulé clairement la Cour dans différents arrêts ⁽²⁷³⁾. Une proposition ⁽²⁷⁴⁾, visant à garantir l'égalité de traitement aux ressortissants de pays tiers n'ayant pas encore obtenu le statut de résidents de longue durée, est actuellement en instance auprès des autorités législatives.

⁽²⁷⁰⁾ Directive 2005/71/CE du Conseil du 12 octobre 2005 relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique, JO L 289 du 3.11.2005.

⁽²⁷¹⁾ Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, JO L 16 du 23.1.2004.

⁽²⁷²⁾ Arrêts du 4 mai 1999, affaire C-262/96, Sürül, et du 28 avril 2004, affaire C-373/02, Öztürk.

⁽²⁷³⁾ Arrêt du 31 janvier 1991, affaire C-18/90, Kziber, du 20 avril 1994, affaire C-58/93, Yousfi, du 3 octobre 1996, affaire C-126/95, Hallouzi, et du 15 janvier 1998, affaire C-113/97, Babahenini.

⁽²⁷⁴⁾ Proposition de la Commission d'octobre 2007, COM(2007) 638 final.

Nous savons tous que le règlement (CEE) n° 1408/71 arrive en fin de vie. Bientôt, le règlement (CE) n° 883/2004 prendra la relève. Le règlement (CEE) n° 1408/71 sera abrogé dès l'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 883/2004. Cela signifie qu'un nouvel instrument juridique est nécessaire pour étendre le champ d'application du nouveau règlement aux ressortissants des pays tiers. En 2007, la Commission a soumis une proposition à cet effet ⁽²⁷⁵⁾. Celle-ci est actuellement en instance auprès du Conseil.

IV. ADAPTABILITÉ DU CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL DU SYSTÈME DE COORDINATION EN CAS D'ÉVOLUTION DE LA LÉGISLATION NATIONALE

Le règlement (CEE) n° 1408/71 est-il adapté aux exigences actuelles concernant le champ d'application matériel? Le nouveau règlement (CE) n° 883/2004 tient-il suffisamment compte de l'introduction de nouvelles formes de sécurité sociale dans les différents États membres?

Le règlement (CEE) n° 1408/71 s'applique à la législation en matière de sécurité sociale concernant plusieurs branches énumérées à l'article 4, paragraphe 1. Ces branches ont été inspirées par la convention n° 102 de l'OIT qui remonte à 1952!

Même si la prestation en question relève de la sécurité sociale, elle n'est pas couverte par le règlement si elle ne peut pas être classée dans l'une des branches énumérées à l'article 4, paragraphe 1 ⁽²⁷⁶⁾.

Comme nous le savons, les systèmes de sécurité sociale des États membres sont confrontés à toutes sortes de défis. Ils doivent s'adapter à des phénomènes comme le développement démo-

⁽²⁷⁵⁾ COM(2007) 439 final.

⁽²⁷⁶⁾ Arrêts du 5 juillet 1983, affaire 171/82, Valentini, et du 11 juillet 1996, affaire C-25/95, Otte.

graphique, le vieillissement de la population ou l'évolution de la structure familiale. Les systèmes de sécurité sociale des États membres sont aussi sous pression sur le plan budgétaire. La coordination suppose au départ d'accepter les régimes de sécurité sociale nationaux tels qu'ils sont, avec leurs différences sur le plan des prestations, des procédures, de l'organisation et du financement. Par conséquent, les changements apportés aux systèmes nationaux affectent également la coordination de la sécurité sociale, qui fait le lien entre les différents régimes. Il est vrai que le système de coordination existant a su faire face à l'introduction d'une kyrielle de nouvelles prestations dans la législation nationale des différents États membres. Mais n'oublions pas que cette flexibilité est avant tout attribuable à la jurisprudence de la Cour de justice et non à l'adaptation des règlements par le législateur.

Par exemple, face au développement démographique et au déclin des taux de fécondité, plusieurs États membres ont instauré de nouveaux types de prestations (allocations d'éducation ou prestations parentales). Elles font partie des mesures politiques familiales. Ces allocations ont été introduites pour permettre à l'un des parents de se consacrer à l'éducation d'un jeune enfant et pour compenser, le cas échéant, les inconvénients financiers du renoncement à un emploi à plein temps. Mais puisque ces allocations cherchent aussi à couvrir les dépenses familiales, elles doivent être considérées comme des prestations familiales au sens du système de coordination ⁽²⁷⁷⁾.

Les lignes directrices sur l'emploi font référence à la nécessité de concilier vie professionnelle et vie familiale pour permettre la participation croissante des femmes sur le marché du travail. C'est dans cet objectif que la Finlande a instauré une allocation de soins pour enfants. Cette prestation cherche à réguler les droits d'accès à l'aide financière octroyée pour organiser la garde d'un enfant sans recourir

aux services d'une crèche. Mais comme l'allocation vise aussi à couvrir les dépenses de soins et d'éducation des enfants et, donc à compenser cette charge financière, elle doit être considérée comme une prestation familiale selon l'objectif du système de coordination ⁽²⁷⁸⁾.

Le vieillissement de la population entraîne une croissance de la demande de soins de la part de personnes âgées dépendantes. C'est pourquoi plusieurs États membres ont instauré une «assurance dépendance». Ces soins sont parfois fournis directement par les organismes autorisés. Cependant, dans certains États membres et sous certaines conditions, l'assurance dépendance donne droit à des prestations destinées à couvrir les frais des soins fournis à domicile par une tierce personne: les allocations de soins. Depuis les arrêts *Molenaar* ⁽²⁷⁹⁾, *Jauch* ⁽²⁸⁰⁾ et *Hosse* ⁽²⁸¹⁾, nous savons que ces allocations doivent être considérées comme des prestations de maladie en espèces.

Le nouveau règlement (CE) n° 883/2004 n'actualisera que de façon limitée le champ d'application matériel. En premier lieu, il élargira la branche actuelle des «prestations de maladie et de maternité» pour inclure également les «prestations de paternité assimilées» ⁽²⁸²⁾. Enfin, le nouveau règlement s'appliquera aussi aux prestations de préretraite. Cette extension n'aura qu'un impact limité dans la mesure où le nouveau règlement, à l'instar du règlement précédent, ne s'appliquera qu'aux régimes légaux de sécurité sociale. À ma connaissance, seuls le Danemark et la Suède appliquent des régimes légaux de préretraite. Le nouveau chapitre intitulé «Préretraite» ne comprend qu'un seul

⁽²⁷⁸⁾ Arrêt du 7 novembre 2002, affaire C-333/00, *Maaheimo*.

⁽²⁷⁹⁾ Arrêt du 5 mars 1998, affaire C-160/96.

⁽²⁸⁰⁾ Arrêt du 8 mars 2001, affaire C-251/99.

⁽²⁸¹⁾ Arrêt du 21 février 2006, affaire C-286/03.

⁽²⁸²⁾ Considérant 19 du règlement (CE) n° 883/2004: «Dans certains cas, les prestations de maternité et de paternité assimilées peuvent être accordées à la mère ou au père. Étant donné que pour celui-ci, ces prestations sont différentes des prestations parentales et peuvent être assimilées aux prestations de maternité stricto sensu, dans la mesure où elles sont servies durant les premiers mois de la vie de l'enfant, il est opportun que les prestations de maternité et de paternité assimilées soient réglementées ensemble.»

⁽²⁷⁷⁾ Arrêts du 10 octobre 1996, affaires jointes C-245/94 et C-312/94, *Hoever-Zachow*, et du 11 juin 1998, affaire C-275/96, *Kuusijärvi*.

article qui stipule que la règle de totalisation des périodes pour l'ouverture du droit à ces prestations ne s'applique pas.

Dans le domaine des régimes complémentaires (non légaux) de sécurité sociale, la législation communautaire protégeant les personnes qui se déplacent à l'intérieur de l'Union est très limitée ⁽²⁸³⁾. Les négociations concernant la proposition de la Commission ⁽²⁸⁴⁾ pour accroître le niveau de cette protection s'avèrent très difficiles.

V. UN SYSTÈME DE COORDINATION SÉPARÉ POUR LES «PRESTATIONS SPÉCIALES À CARACTÈRE NON CONTRIBUTIF», FRUIT DE L'INTERACTION ENTRE LA COUR ET LE CORPS LÉGISLATIF

A. Jurisprudence de la Cour relative au règlement (CEE) n° 1408/71

À l'image du règlement n° 3, le règlement (CEE) n° 1408/71 ne s'applique qu'à la législation concernant la sécurité sociale. Dès le début, l'article 4 a indiqué clairement que le règlement s'appliquait à tous les régimes légaux de sécurité sociale, généraux et spéciaux, contributifs ou non. Le nouveau règlement (CE) n° 883/2004 n'apportera pas de grand changement à cet égard.

En vertu de l'article 4, paragraphe 4, du règlement (CEE) n° 1408/71, l'assistance sociale est exclue du champ d'application matériel. Cependant, le règlement (CEE) n° 1408/71 n'a jamais donné de définition des termes «sécurité sociale» et «assistance sociale». C'est la Cour qui, au travers d'une abon-

dante jurisprudence, a établi que la distinction entre prestations exclues du champ d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 et prestations qui en relèvent repose essentiellement sur les éléments constitutifs de chaque prestation, notamment sa finalité et ses conditions d'octroi, et non pas sur le fait qu'une prestation est qualifiée ou non par une législation nationale de prestation de sécurité sociale. De plus, la Cour a également précisé à nombreuses reprises qu'une prestation peut être considérée comme une prestation de sécurité sociale dans la mesure où, premièrement, la prestation en cause est octroyée, en dehors de toute appréciation individuelle discrétionnaire des besoins personnels, aux bénéficiaires sur la base d'une situation légalement définie et où, deuxièmement, elle se rapporte à un des risques énumérés expressément à l'article 4, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 1408/71 ⁽²⁸⁵⁾.

En d'autres termes, lorsqu'une prestation destinée à couvrir les dépenses familiales était octroyée automatiquement aux familles satisfaisant à certains critères objectifs, elle devait être traitée comme une prestation familiale au sens du règlement (CEE) n° 1408/71, avec toutes ses conséquences: les clauses de résidence stipulées dans les législations nationales comme condition d'ouverture du droit à la prestation en question ont été abrogées par l'article 73 du règlement (CEE) n° 1408/71 ⁽²⁸⁶⁾. De même, dans la mesure où la prestation en question pouvait être considérée comme une pension liée aux risques d'invalidité, de vieillesse ou de décès, elle était exportable en vertu de l'article 10, même si la législation nationale la

⁽²⁸³⁾ Directive 98/49/CE du 29 juin 1998 relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés et non salariés qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, JO L 209 du 25.7.1998.

⁽²⁸⁴⁾ Proposition modifiée de directive relative aux prescriptions minimales visant à accroître la mobilité des travailleurs en améliorant l'acquisition et la préservation des droits à pension complémentaire, COM(2007) 603 final.

⁽²⁸⁵⁾ La Cour a indiqué clairement que le champ matériel du règlement (CEE) n° 1408/71 incluait, entre autres:

- le revenu garanti aux personnes âgées en Belgique (arrêt du 22 juin 1972, affaire 1/72, Frilli);
- l'allocation de mobilité au Royaume-Uni (arrêt du 20 juin 1991, affaire C-356/89, Stanton Newton);
- les allocations du Fonds national de solidarité en France (arrêts du 9 octobre 1974, affaire 24/74, Biazon, du 24 février 1987, affaires jointes 379, 380, 381/85 et 93/86, Giletti, et du 11 juin 1991, affaire C-307/89, Commission/France);
- les prestations octroyées aux chômeurs âgés ou atteints d'une incapacité de travail partielle aux Pays-Bas (arrêt du 2 août 1993, affaire C-66/92, Acciardi);
- la pension sociale en Italie (arrêt du 10 mai 1983, affaire 139/82, Piscitello).

⁽²⁸⁶⁾ Arrêt du 16 juillet 1992, affaire C-78/91, Hughes.

limitait aux personnes résidant sur son territoire national ⁽²⁸⁷⁾.

B. Réaction du corps législatif: le règlement (CEE) n° 1247/92

En adoptant le règlement (CEE) n° 1247/92 ⁽²⁸⁸⁾, les instances législatives ont créé un système de coordination distinct pour les prestations spéciales non contributives. En d'autres termes, un système de coordination différent ⁽²⁸⁹⁾ du système normal fourni par le règlement (CEE) n° 1408/71, qui tient compte des caractéristiques particulières des prestations concernées.

Dans la première partie de ce système de coordination séparé, un paragraphe 2 *bis* a été inséré dans l'article 4. Il stipule clairement que le règlement (CEE) n° 1408/71 s'applique aussi aux prestations spéciales à caractère non contributif. Le nouveau paragraphe contient aussi une description de ce que le législateur entend par prestations «spéciales» dans ce paragraphe. Mais cette indication n'est pas très précise. Aucune définition n'est donnée de l'expression «à caractère non contributif».

La deuxième partie du système de coordination séparé réside dans l'insertion de l'article 10 *bis* dans le règlement (CEE) n° 1408/71. L'objectif de ce nouvel article était de préciser que les dispositions du titre III du règlement n'étaient pas applicables aux prestations spéciales à caractère non contributif, de même que la levée générale des clauses de résidence pour les pensions stipulées à l'article 10. Cependant, la formulation s'avère assez ambiguë ⁽²⁹⁰⁾. Le nouvel article 10 *bis* contient aussi une disposition subordonnant l'ouverture du droit à ces prestations à un mécanisme de totalisation particu-

lier ⁽²⁹¹⁾, ainsi que certaines dispositions spécifiques concernant l'assimilation des faits ⁽²⁹²⁾.

C. Jurisprudence de la cour relative au nouveau règlement

Dans trois arrêts concernant des prestations britanniques répertoriées à l'annexe II *bis* du règlement (CEE) n° 1247/92, la Cour a confirmé la validité du système de coordination spécial pour les prestations spéciales à caractère non contributif. Ces arrêts ont eu pour effet non seulement la non-exportabilité des prestations concernées ⁽²⁹³⁾, mais aussi la non-applicabilité du test de résidence habituelle, prévu par la législation britannique ⁽²⁹⁴⁾, aux prestations spéciales à caractère non contributif ⁽²⁹⁵⁾. Plus tard, dans l'arrêt Jauch ⁽²⁹⁶⁾, la Cour a souligné que dans aucun des trois arrêts susmentionnés (Snares, Partridge et Swaddling), elle n'avait examiné si les prestations en question étaient réellement «spéciales» et «à caractère non contributif» selon les critères établis à l'article 4, paragraphe 2 *bis*, pour la simple raison que cette question n'avait pas été soulevée lors des procédures. Dans les trois autres arrêts, la Cour indique que ces prestations, du fait qu'elles figurent à l'annexe II *bis*, doivent être considérées comme des «prestations spéciales à caractère non contributif» ⁽²⁹⁷⁾.

L'arrêt Jauch marque le passage à une nouvelle phase dans le système de coordination concernant les prestations spéciales à caractère non contributif. Dans son arrêt, la Cour indique clairement que le simple fait qu'une prestation figure à l'annexe II *bis* ne suffit plus à démontrer qu'il s'agit d'une «prestation spéciale à caractère non contributif». Au

⁽²⁸⁷⁾ Arrêt du 24 février 1987, affaires jointes 379, 380, 381/85 et 93/86, Giletti.

⁽²⁸⁸⁾ Règlement (CEE) n° 1247/92 du 30 avril 1992, JO L 136 du 19.5.1992.

⁽²⁸⁹⁾ Voir le considérant 6 du règlement (CEE) n° 1247/92.

⁽²⁹⁰⁾ Voici le texte de l'article 10 *bis*, paragraphe 1: «Nonobstant les dispositions de l'article 10 et du titre III, les personnes auxquelles le présent règlement est applicable bénéficient des prestations spéciales en espèces à caractère non contributif visées à l'article 4, paragraphe 2 *bis*, exclusivement sur le territoire de l'État membre dans lequel elles résident et au titre de la législation de cet État, pour autant que ces prestations soient mentionnées à l'annexe II *bis*. [...]»

⁽²⁹¹⁾ Article 10 *bis*, paragraphe 2, tel qu'inséré par le règlement (CEE) n° 1247/92.

⁽²⁹²⁾ Article 10 *bis*, paragraphes 3 et 4, tel qu'inséré par le règlement (CEE) n° 1247/92.

⁽²⁹³⁾ Arrêts du 4 novembre 1997, affaire C-20/96, Snares, et du 11 juin 1998, affaire C-297/96, Partridge.

⁽²⁹⁴⁾ La législation exige, dans les conditions d'ouverture du droit à la prestation en question, d'avoir résidé un certain temps dans le pays.

⁽²⁹⁵⁾ Arrêt du 25 février 1999, affaire C-90/97, Swaddling.

⁽²⁹⁶⁾ Point 17 de l'arrêt du 8 mars 2001, affaire C-215/99, Jauch.

⁽²⁹⁷⁾ Point 32 de l'arrêt Snares, point 33 de l'arrêt Partridge et point 24 de l'arrêt Swaddling.

contraire, pour chaque prestation concernée, il convient d'examiner si elle présente un caractère réellement «spécial» et «non contributif». Après un examen attentif de la prestation autrichienne en question (l'allocation de soins), la Cour a conclu que, bien que figurant à l'annexe II *bis*, cette prestation n'était ni «spéciale», ni «à caractère non contributif».

Deux mois plus tard, la Cour a examiné dans l'arrêt Leclere ⁽²⁹⁸⁾ si l'allocation luxembourgeoise de maternité, figurant à l'annexe II *bis*, était réellement «spéciale». La Cour a déclaré nulle cette partie de l'annexe, considérant qu'il ne s'agissait pas d'une prestation «spéciale».

D. Réaction du corps législatif: le règlement (CE) n° 647/2005

De nouveaux critères

Ces jugements ont encouragé le corps législatif à réviser l'ensemble du système de coordination concernant les «prestations spéciales à caractère non contributif» établies à ce moment-là, y compris son annexe II *bis*. La Commission a présenté en 2003 ⁽²⁹⁹⁾ une proposition stipulant les critères qu'une prestation doit remplir pour être qualifiée de «spéciale» et «à caractère non contributif». En adoptant le règlement (CE) n° 647/2005 ⁽³⁰⁰⁾, le corps législatif a accepté presque mot pour mot ⁽³⁰¹⁾ les critères proposés par la Commission.

Le nouveau libellé s'inspire largement des arrêts Jauch et Leclere ⁽³⁰²⁾. En référence à l'objectif des articles 39 et 42 du traité, la Cour a stipulé que même lorsque le législateur communautaire est autorisé à adopter des dispositions qui dérogent au principe d'exportabilité des prestations de sécurité sociale, ces dérogations doivent être interprétées

au sens strict. La structure du règlement (CEE) n° 1408/71 montre que les concepts de «prestation de sécurité sociale» au sens de l'article 4, paragraphe 1, et de «prestation spéciale à caractère non contributif» au sens de l'article 4, paragraphe 2 *bis* du règlement, s'excluent mutuellement. En d'autres termes, une prestation qui satisfait aux conditions d'une «prestation de sécurité sociale» au sens de l'article 4, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 1408/71, ne peut pas être analysée comme une «prestation spéciale à caractère non contributif» ⁽³⁰³⁾. Par exemple, une prestation familiale ou de maladie au sens de l'article 4, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 1408/71, ne peut pas être qualifiée de «prestation spéciale à caractère non contributif» au sens de l'article 4, paragraphe 2 *bis*.

C'est pourquoi, on a précisé les conditions qu'une prestation doit remplir pour être qualifiée de «spéciale à caractère non contributif», en tenant compte notamment du vaste champ d'interprétation possible des termes «prestation de maladie» ⁽³⁰⁴⁾ et «prestation familiale» ⁽³⁰⁵⁾. De plus, la distinction entre les deux catégories de «prestations spéciales à caractère non contributif» — selon l'article 4, paragraphe 2 *bis*, point i), d'une part, et l'article 4, paragraphe 2 *bis*, point ii), d'autre part — est devenue beaucoup plus claire.

La première catégorie concerne les prestations dont la finalité est d'aider les personnes en difficulté financière («garantir aux intéressés un revenu minimal de subsistance eu égard à l'environnement économique et social dans l'État membre concerné»). La deuxième catégorie concerne les prestations visant à fournir une assistance aux personnes qui en ont besoin pour participer à la vie sociale quotidienne («uniquement à assurer la protection

⁽²⁹⁸⁾ Arrêt du 31 mai 2001, affaire C-43/99.

⁽²⁹⁹⁾ JO C 80 du 30.3.2004.

⁽³⁰⁰⁾ Règlement (CE) n° 647/2005 du 13 avril 2005, JO L 117 du 4.5.2005.

⁽³⁰¹⁾ On observe juste une légère différence dans la formulation du critère «à caractère non contributif» figurant à l'article 4, paragraphe 2 *bis*, point b).

⁽³⁰²⁾ Voir l'arrêt Jauch, points 20 et 21, et l'arrêt Leclere, point 35.

⁽³⁰³⁾ Ce point a aussi été confirmé plus récemment par la Cour dans son arrêt du 21 février 2006, affaire C-286/03, Hosse.

⁽³⁰⁴⁾ Arrêts du 5 mars 1998, affaire C-160/96, Molenaar, et du 8 mars 2001, affaire C-215/99, Jauch. Confirmés plus tard par les arrêts du 8 juillet 2004, affaires jointes C-502/01 et C-31/02, Gaumain-Cerri, et du 21 février 2006, affaire C-286/03, Hosse.

⁽³⁰⁵⁾ Arrêts du 10 octobre 1996, affaires jointes C-245/94 et C-312/94, Hoevers-Zachow, du 11 juin 1998, affaire C-275/96, Kuusijärvi, du 2 février 2002, affaire C-255/99, Humer, et du 7 novembre 2002, affaire C-333/00, Maaheimo.

spécifique des personnes handicapées, en étant étroitement liées à l'environnement social de ces personnes ⁽³⁰⁶⁾ dans l'État membre concerné). Le simple fait d'octroyer une prestation à une personne handicapée n'est pas suffisant en soi pour en conclure qu'il s'agit d'une prestation «spéciale à caractère non contributif» ⁽³⁰⁷⁾.

Le règlement (CE) n° 883/2004 contient les mêmes critères que le règlement (CE) n° 647/2005.

Nouvelle annexe II bis

Pour démontrer que le règlement (CE) n° 647/2005 a réellement «rénové», et pas seulement adapté, le système de coordination des prestations spéciales à caractère non contributif, on a procédé à une modification globale du contenu de l'annexe II *bis* plutôt que de modifier certains points comme on l'avait fait dans toutes les modifications précédentes de l'annexe II *bis* ⁽³⁰⁸⁾ du règlement (CEE) n° 1408/71.

De nombreuses prestations qui figuraient à l'annexe II *bis* avant l'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 647/2005 n'ont pas été incluses dans la nouvelle annexe puisqu'elles doivent être considérées soit comme des «prestations familiales», soit

comme des «prestations de maladie», au sens de l'article 4, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 1408/71.

VI. LE GRAND IMPACT DU PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

L'un des piliers du traité CE réside dans le principe de l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité. La libre circulation des travailleurs suppose d'accorder aux travailleurs migrants le droit à l'égalité de traitement avec les travailleurs nationaux dans le pays d'accueil. Le principe de la *lex loci laboris* reprend le principe de l'égalité de traitement ⁽³⁰⁹⁾, consacré par l'article 39 du traité CE, sous le titre II de l'actuel règlement (CEE) n° 1408/71 et du nouveau règlement (CE) n° 883/2004. Mais le rôle de l'article 39 du traité CE dans la coordination de la sécurité sociale ne s'arrête pas là. L'arrêt de la Cour dans l'affaire Gottardo est une bonne illustration de la grande importance que revêt le principe de l'égalité de traitement stipulé à l'article 39 du traité CE. Dans cet arrêt, la Cour a statué que même si les conclusions d'un accord bilatéral avec un pays tiers relève de la compétence des États membres, pour appliquer un tel accord, les États membres doivent se conformer au droit communautaire. Cela signifie, par exemple que si un État membre A conclut un accord avec un pays tiers, les ressortissants de l'État membre B ou C ayant accompli des périodes d'assurance dans ce pays tiers doivent être traités par l'État membre A de la même façon que les ressortissants de cet État membre. Selon la Cour ⁽³¹⁰⁾, c'est une obligation qui découle du principe de l'égalité de traitement stipulé à l'article 39 du traité CE.

⁽³⁰⁶⁾ Il n'est fait aucune référence à l'environnement «économique» comme c'est le cas dans la première catégorie.

⁽³⁰⁷⁾ Le règlement (CE) n° 647/2005 a aussi clarifié le libellé de l'article 10 *bis*. Comme déjà mentionné, l'intention du législateur en 1992 était de créer un système de coordination séparé pour les prestations spéciales à caractère non contributif. Par conséquent, les dispositions de l'ensemble du titre III et de l'article 10 ne devaient pas s'appliquer aux prestations spéciales à caractère non contributif. Cependant, le libellé de l'article 10 *bis* dans sa version précédente est assez ambigu. On peut comprendre que cet article annule la levée des clauses de résidence stipulée sous le titre III et à l'article 10. En raison de cette ambiguïté, la Cour a statué dans son arrêt du 22 septembre 1998, affaire C-132/96, Stinco, que l'article 46, paragraphe 2, point a), du règlement doit être interprété en ce sens qu'il oblige l'institution compétente à prendre en considération, pour déterminer le montant théorique de la pension servant de base au calcul de la pension proratisée, un complément destiné à atteindre la pension minimale prévue par la législation nationale. L'article 10 *bis* du règlement (CEE) n° 1408/71, modifié par le règlement (CE) n° 647/2005, stipule désormais que les dispositions du titre III (y compris l'article 46) ne s'appliquent pas aux prestations spéciales à caractère non contributif spécifiées à l'article 4, paragraphe 2 *bis*.

⁽³⁰⁸⁾ Voir par exemple: règlement (CEE) n° 1249/92 du 30 avril 1992, JO L 136 du 19.5.1992, règlement (CE) n° 1290/97 du 27 juin 1997, JO L 176 du 4.7.1997, règlement (CE) n° 1223/98 du 4 juin 1998, JO L 168 du 13.6.1998, règlement (CE) n° 1399/1999 du 29 avril 1999, JO L 164 du 30.6.1999, et règlement (CE) n° 1386/2001 du 5 juin 2001, JO L 187 du 10.7.2001.

⁽³⁰⁹⁾ Voir Prof Herwig Verschueren, «Cross-border workers in the European internal market: Trojan horses for Member states' labour and social security law?», *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 24/2, 2008, p. 167-199.

⁽³¹⁰⁾ Arrêt du 15 janvier 2002, affaire C-55/00, Gottardo. Voir aussi la recommandation 22 du 18 juin 2003 de la Commission administrative sur la sécurité sociale des travailleurs migrants, JO L 326 du 13.12.2003.

La Cour n'hésite pas à appliquer directement l'article 39 du traité CE afin de trouver une solution raisonnable pour les travailleurs qui ne peuvent pas invoquer le règlement (CEE) n° 1408/71 ⁽³¹¹⁾. La Cour n'hésitera pas non plus à déclarer nulle une disposition du règlement si elle viole le principe de l'égalité de traitement stipulé à l'article 39 du traité CE ⁽³¹²⁾.

L'introduction de la citoyenneté européenne dans le traité a encore augmenté l'impact du principe de l'égalité de traitement. Dans une série d'affaires successives ⁽³¹³⁾, qui a commencé avec le fameux arrêt *Martinez Sala*, la Cour a donné beaucoup plus d'importance à la notion de citoyenneté européenne que ce qui avait été prévu au départ. Encore aujourd'hui, les experts débattent des relations entre les différentes dispositions contre la discrimination fondée sur la nationalité, qui figurent, d'une part, dans les articles 12 et 18 du traité CE et, d'autre part, dans le règlement (CEE) n° 1408/71.

Concernant la sécurité sociale, le principe de l'égalité de traitement est stipulé expressément à l'article 3 du règlement (CEE) n° 1408/71, qui indique que les personnes qui résident sur le territoire de l'un des États membres et auxquelles les dispositions du présent règlement sont applicables sont soumises aux obligations et sont admises au bénéfice de la législation de tout État membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de celui-ci. Dans la jurisprudence de la Cour, le principe de l'égalité de traitement a été interprété de façon très large, interdisant non seulement la discrimination ouverte fondée sur la nationalité, mais aussi les formes masquées de discrimination qui, en appli-

quant d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat ⁽³¹⁴⁾.

Le règlement (CE) n° 883/2004 a renforcé de deux façons le principe de l'égalité de traitement entre les ressortissants de l'UE. Premièrement, dans le règlement (CEE) n° 1408/71 actuel, la personne concernée doit résider dans un État membre pour pouvoir invoquer le principe de l'égalité de traitement. Le règlement (CE) n° 883/2004 ne pose plus cette condition ⁽³¹⁵⁾. Cela signifie que les personnes couvertes par le règlement (CE) n° 883/2004 pourront se prévaloir de la disposition de non-discrimination figurant dans ce règlement même si elles résident dans un pays tiers. Par exemple, en cas de hausse des prestations de retraite par le phénomène de l'indexation, un État membre ne pourra plus réserver à ses seuls ressortissants l'application de cette hausse pour les retraités résidant dans un pays tiers.

Le principe de l'égalité de traitement a été encore renforcé par l'insertion d'une disposition stipulant l'assimilation transfrontalière de faits ou d'événements ⁽³¹⁶⁾. Ce principe signifie qu'un État membre doit tenir compte des faits ou événements survenus dans tout autre État membre comme s'ils étaient survenus sur son propre territoire. Cette disposition va dans le sens de la jurisprudence de la Cour ⁽³¹⁷⁾.

Cependant, l'assimilation de faits ou d'événements survenus dans un État membre ne peut en aucune façon rendre un autre État membre compétent ou sa législation applicable ⁽³¹⁸⁾. De même, pour signaler clairement que l'assimilation de faits ou d'événements

⁽³¹¹⁾ Arrêts du 22 novembre 1995, affaire C-443/93, *Vougioukas*, du 3 octobre 2000, affaire C-411/98, *Ferlini*, et du 16 décembre 2004, affaire C-293/03, *My*.

⁽³¹²⁾ Arrêts du 15 janvier 1984, affaire 41/84, *Pinna*, et du 18 avril 2002, affaire C-290/00, *Duchon*.

⁽³¹³⁾ Arrêts du 12 mai 1998, affaire C-85/96, *Martinez Sala*, du 20 septembre 2001, affaire C-184/99, *Grzelczyk*, du 11 juillet 2002, affaire C-224/98, *D'Hoop*, du 2 octobre 2003, affaire C-148/02, *Garcia Avello*, du 23 mars 2004, affaire C-138/02, *Collins*, du 7 septembre 2004, affaire C-456/02, *Trojani*, du 15 mars 2005, affaire C-209/03, *Bidar*, du 26 octobre 2006, affaire C-192/05, *Tas-Hagen* (Rec. 2006, p. I-10451) et du 22 mai 2008, affaire C-499/06, *Nerkowska*.

⁽³¹⁴⁾ Arrêts du 25 juin 1997, affaire C-131/96, *Mora Romero*, du 21 septembre 2000, affaire C-124/99, *Borawitz*, du 9 novembre 2006, affaire C-346/05, *Chateigner*, et du 18 janvier 2007, affaire C-332/05, *Celozzi*.

⁽³¹⁵⁾ Article 4 du règlement (CE) n° 883/2004.

⁽³¹⁶⁾ Article 5 du règlement (CE) n° 883/2004.

⁽³¹⁷⁾ En effet, dans plusieurs arrêts, la Cour a statué en faveur d'une assimilation transfrontalière de faits ou d'événements au nom de l'égalité de traitement: arrêts du 7 juin 1988, affaire 20/85, *Roviello*, du 4 octobre 1991, affaire C-349/87, *Paraschi*, du 9 décembre 1993, affaires jointes 45/92 et 46/92, *Lepore et Scamuffa*, du 25 juin 1997, affaire C-131/96, *Mora Romero*, du 7 février 2002, affaire C-28/00, *Kauer*, du 18 avril 2002, affaire C-290/00, *Duchon*, et du 28 avril 2004, affaire C-373/02, *Öztürk*.

⁽³¹⁸⁾ Considérant 11 du règlement (CE) n° 883/2004.

ments survenus sur le territoire d'un autre État membre ne doit pas interférer avec le principe de la totalisation des périodes d'assurance accomplies dans un autre État membre, le considérant 10 a été inséré dans le règlement (CE) n° 883/2004. Il indique que l'article 5 du règlement (CE) n° 883/2004 ne crée pas de période d'assurance. La prise en compte de périodes accomplies sous la législation de tout autre État membre ne devrait relever que de l'application du principe de totalisation des périodes ⁽³¹⁹⁾.

VII. LE RÔLE TOUJOURS AUSSI IMPORTANT DU PREMIER INSTRUMENT CONÇU POUR LES SOINS DE SANTÉ TRANSFRONTALIERS

La coordination européenne de la sécurité sociale a été le premier — et pendant longtemps le seul — instrument concernant les soins de santé transfrontaliers à l'intérieur de l'UE.

Grâce au système de coordination, tous les ressortissants de l'UE légalement assurés dans un État membre qui séjournent dans un État membre autre que l'État membre compétent peuvent bénéficier des prestations en nature qui s'avèrent nécessaires du point de vue médical au cours du séjour, compte

tenu de la nature des prestations et de la durée prévue du séjour ⁽³²⁰⁾. La procédure pour accéder à des soins non programmés de ce type a été simplifiée ⁽³²¹⁾ en vue de l'introduction de la carte européenne d'assurance maladie en 2004. Le détenteur de cette carte a droit aux prestations prévues par la législation de l'État membre dans lequel il séjourne, comme s'il était assuré dans ce pays. La carte européenne d'assurance maladie est devenue un symbole important de l'Europe pour de nombreux citoyens. Plus de 172 millions de cartes de ce type sont actuellement en circulation. Le détenteur de la carte a directement accès aux services de soins de santé. Cette carte garantit aussi que l'État membre qui l'a délivrée remboursera intégralement les frais à l'État membre d'accueil.

En cas de déplacement dans un autre État membre aux fins d'y recevoir des soins de santé, le règlement (CEE) n° 1408/71 ⁽³²²⁾ actuel mais aussi le nouveau règlement (CE) n° 883/2004 ⁽³²³⁾ exigent une autorisation préalable, qu'il s'agisse de soins hospitaliers ou autres. L'autorisation requise ne peut pas être refusée ⁽³²⁴⁾ si les soins dont il s'agit figurent parmi les prestations prévues par la législation de l'État membre sur le territoire duquel réside l'intéressé et si ces soins ne peuvent lui être dispensés dans un délai acceptable *sur le plan médical* ⁽³²⁵⁾, compte tenu de son état actuel de santé et de l'évolution probable de la maladie.

Lorsque l'autorisation est obtenue, la personne bénéficie des prestations sur le lieu de séjour selon les dispositions de la législation de cet État membre, comme si elle était assurée dans cet État membre.

⁽³¹⁹⁾ Le considérant 10 va aussi totalement dans le sens de l'arrêt de la Cour dans l'affaire Adanez Vega (affaire C-372/02). Dans cette affaire (du 11 novembre 2004), l'arrêt repose sur l'interprétation du règlement (CEE) n° 1408/71 qui, contrairement au règlement (CE) n° 883/2004, n'inclut pas de disposition générale concernant l'assimilation de faits ou d'événements transfrontaliers. Néanmoins, durant la procédure, M. Adanez Vega a fait référence au fait que la législation allemande assimile les périodes de service militaire accomplies en Allemagne à des périodes d'assurance. Il avait fait son service militaire en Espagne. Selon M. Adanez Vega, en vertu de l'article 3 du règlement (CEE) n° 1408/71, qui interdit toute discrimination fondée sur la nationalité entre les ressortissants de l'UE, son service militaire en Espagne devait être assimilé au service militaire en Allemagne. En d'autres termes, de son point de vue, il n'était pas nécessaire d'examiner si les conditions d'application des dispositions relatives à la totalisation étaient remplies. La Cour a rejeté cette thèse. La période de service militaire accomplie en Espagne ne pourrait être prise en compte que si les conditions d'application des dispositions relatives à la totalisation étaient remplies. La Cour a déclaré que l'article 3 du règlement (CEE) n° 1408/71 ne s'applique que «sous réserve de dispositions particulières contenues dans ledit règlement». La Cour a également fait référence au fait que, dans ce cas, le règlement contenait des dispositions spéciales (les articles 67 et 71) visant à déterminer si une personne sans emploi, ayant accomplie des périodes d'assurance ou d'emploi sous la législation d'un autre État membre, a droit aux prestations de chômage. Ces dispositions spéciales remplacent le principe général d'égalité consacré à l'article 3 du règlement (CEE) n° 1408/71.

⁽³²⁰⁾ Article 22, paragraphe 1, point a), du règlement (CEE) n° 1408/71 et article 19, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 883/2004.

⁽³²¹⁾ Règlement n° 631/2004 du 31 mars 2004, JO L 100 du 6.4.2004.

⁽³²²⁾ Article 22, paragraphe 1, point c).

⁽³²³⁾ Article 20, paragraphe 1.

⁽³²⁴⁾ En lieu et place de la formule «ne peut pas être refusée si [...]» figurant à l'article 22, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 1408/71, le nouveau règlement (CE) n° 883/2004 emploie à l'article 20, paragraphe 2, une expression plus positive: «l'autorisation est accordée lorsque [...]»

⁽³²⁵⁾ Article 22, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 1408/71, tel qu'interprété par la Cour dans ses arrêts du 23 octobre 2003, affaire C-56/01, Inizan, et du 16 mai 2006, affaire C-372/04, Watts; article 20, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 883/2004.

Cela signifie que les frais de soins seront pris en charge par l'État compétent selon les taux applicables sur le lieu de séjour. De plus, la personne assurée aura le droit de réclamer, le cas échéant, la différence entre les taux de remboursement appliqués sur le lieu de séjour et les taux appliqués pour les mêmes soins dans l'État membre compétent ⁽³²⁶⁾. Dans de nombreux cas, le paiement sera effectué directement par l'institution, sans aucun versement de la part du patient.

Comme nous le savons, il existe un second moyen d'obtenir des soins de santé transfrontaliers programmés: invoquer directement les dispositions du traité relatives à la libre circulation des marchandises et à la liberté de fournir des services selon l'interprétation de la Cour ⁽³²⁷⁾. Cela signifie qu'aucune autorisation n'est exigée pour les soins non hospitaliers. Dans ce cas, le patient doit toujours avancer les frais et peut ensuite en réclamer le remboursement auprès de l'institution compétente après son retour, selon les taux applicables dans l'État où il est assuré. Si le taux appliqué par l'État membre qui dispense les soins est plus élevé que celui appliqué par l'État compétent, le patient n'a droit à *aucun* remboursement supplémentaire.

Dans certaines conditions, un système d'autorisation préalable peut être justifié pour obtenir des soins hospitaliers. Les conditions d'obtention de cette autorisation préalable doivent être fondées sur des critères objectifs et non discriminatoires, connus à l'avance. Une personne ayant obtenu une autorisation sera remboursée selon le taux le plus favorable ⁽³²⁸⁾.

En juillet 2008, la Commission a adopté une proposition de directive sur l'application des droits des

patients en matière de soins de santé transfrontaliers ⁽³²⁹⁾. Cette proposition part du principe que les règlements de coordination des régimes de sécurité sociale constituent un outil général pour les patients qui ne peuvent pas accéder aux soins de santé dans un délai acceptable. L'idée est que si les conditions établies par le règlement (CE) n° 883/2004 sont satisfaites, ce règlement s'applique. La proposition tente de compléter ce règlement en définissant un cadre pour les patients qui vont se faire soigner à l'étranger pour d'autres raisons. Il est évident que la cohérence de cette proposition avec les règles stipulées dans le règlement (CE) n° 883/2004 et son règlement d'exécution constituera l'un des principaux points de discussion dans les mois à venir.

VIII. CONCLUSIONS

Dans ma présentation, je me suis intéressé à plusieurs accomplissements mis en œuvre grâce aux règlements communautaires de coordination des différents régimes de sécurité sociale des États membres. Il est indéniable que ces règlements offrent aux personnes qui se déplacent à l'intérieur de l'UE un niveau de protection très élevé dans le domaine de la sécurité sociale. Le nouveau règlement (CE) n° 883/2004 renforcera encore les droits des citoyens de l'UE sous de très nombreux aspects. Cependant, cela ne signifie pas que tous les problèmes dans le domaine de la sécurité sociale soient réglés. Loin de là!

C'est aux instances législatives, notamment à la Commission qui dispose du droit d'initiative, que revient la responsabilité de vérifier régulièrement si les règlements communautaires continuent de répondre aux exigences actuelles. En effet, il peut s'avérer nécessaire d'adapter les règles ou de réviser certains choix effectués par le législateur, du fait de l'évolution de la législation nationale ou communautaire, de la jurisprudence de la Cour ou de l'environnement économique ou social.

⁽³²⁶⁾ Article 26, paragraphe 7, du nouveau règlement d'exécution, conformément à l'arrêt de la Cour du 12 juillet 2001, affaire C-368/98, Vanbraekel.

⁽³²⁷⁾ Voir notamment les arrêts du 28 avril 1998, affaires C-120/95, Decker, et C-158/96, Kohll, du 12 juillet 2001, affaires C-368/98, Vanbraekel, et C-157/99, Smits-Peerbooms, du 13 mai 2003, affaire C-385/99, Müller Faûré, du 23 octobre 2003, affaire C-56/01, Inizan, du 18 mars 2004, affaire C-8/02, Leichtle, du 16 mai 2006, affaire C-372/04, Watts, du 15 juin 2006, affaire C-466/04, Accerreda Herrera, et du 19 avril 2007, affaire C-444/05, Stamatelaki.

⁽³²⁸⁾ Arrêt du 12 juillet 2001, affaire C-368/98, Vanbraekel, point 31.

⁽³²⁹⁾ Proposition du 2 juillet 2008, COM(2008) 414 final.

Concernant les solutions apportées par les règles de coordination pour répondre à l'évolution des législations nationales, il est vrai que le système de coordination en place a su faire face à l'introduction d'une kyrielle de nouvelles prestations dans la législation nationale des différents États membres. Mais cette flexibilité est surtout attribuable à la Cour et non au législateur. Ainsi, en dépit des efforts fournis lors des négociations sur la proposition de la Commission visant à simplifier et moderniser le règlement (CEE) n° 1408/71, il s'est avéré impossible, à une exception près ⁽³³⁰⁾, d'inclure dans le règlement (CE) n° 883/2004 une disposition spécifique concernant les prestations de soins de longue durée. Mais aujourd'hui, à la suite de l'arrêt de la Cour dans l'affaire C-299/05 ⁽³³¹⁾, il semble que le corps législatif soit prêt à rouvrir le débat sur l'insertion d'un chapitre relatif aux prestations de soins dans le nouveau règlement (CE) n° 883/2004. Cet amendement marquerait un nouveau pas en faveur d'un système de coordination plus équilibré, dans l'intérêt des citoyens en situation transfrontalière.

L'évolution de la législation communautaire et l'instauration de la citoyenneté européenne ont aussi affecté les règles de coordination. En effet, ces transformations ont suscité plusieurs questions fondamentales. Jusqu'où le système de coordination mis en place dans le règlement (CE) n° 883/2004 peut-il être remis en cause par les articles 12 et 18 du traité CE? Concernant la directive 2004/38/CE, j'ai indiqué qu'il s'agissait du seul instrument communautaire ayant trait au droit de libre circulation et de résidence dans l'Union. Quelle est la relation entre cette directive et le système de coordination séparé instauré par le règlement (CE) n° 883/2004 pour les «prestations spéciales à caractère non contributif»? Quel est l'instrument juridique qui devrait être prioritaire? Les personnes qui invoquent le règlement (CE) n° 883/2004 — ou l'actuel

règlement (CEE) n° 1408/71 — pour réclamer une prestation spéciale à caractère non contributif dans l'État membre dans lequel elles résident mettent-elles en jeu leur droit de résidence parce qu'elles ne satisfont plus aux critères leur donnant le droit de résider dans leur pays d'accueil selon la directive 2004/38/CE? Ou au contraire, les personnes ayant droit à une prestation minimale de subsistance versée par le pays d'accueil en vertu du règlement (CE) n° 883/2004 — ou du règlement (CEE) n° 1408/71 — satisfont-elles automatiquement au critère de subsistance requis pour l'obtention et la conservation des droits de résidence en vertu de la directive 2004/38/CE ⁽³³²⁾? Ces points doivent être clarifiés.

Quant au développement de la jurisprudence de la Cour, il est regrettable que la jurisprudence concernant les soins de santé transfrontaliers, qui s'appuie sur les dispositions du traité sur la libre circulation des marchandises et sur la liberté de fournir des services, ne soit pas intégralement rendue dans le texte du nouveau règlement (CE) n° 883/2004. Lorsque le chapitre sur les prestations de maladie a été négocié au sein du Conseil en 2002, plusieurs États membres ont estimé que la jurisprudence existant à ce moment-là ne concernait pas leurs systèmes. Il s'agit là d'une occasion manquée. Il est désormais probable que nous aurons affaire à la coexistence de deux instruments juridiques portant sur les soins de santé transfrontaliers.

L'évolution de l'environnement socio-économique pourrait aussi nous obliger à réviser les règles de coordination. Le rôle dominant de la *lex loci laboris* ⁽³³³⁾ dans la détermination de la législation applicable a été maintenu dans le nouveau règlement (CE) n° 883/2004 et le principe d'unicité de la législation applicable a même été renforcé par ce nou-

⁽³³⁰⁾ L'article 34 du règlement (CE) n° 883/2004 vise à éviter le chevauchement des prestations de soins de longue durée lorsque ces prestations sont fournies en espèces dans un État membre et en nature dans un autre.

⁽³³¹⁾ Arrêt du 18 octobre 2007, affaire C-299/05, Commission/Conseil et Parlement.

⁽³³²⁾ Herwig Verschueren, «European (internal) migration law as an instrument for defining the boundaries of national solidarity systems», *European Journal of Migration and Law*, 2007, 307-346. Voir aussi Tress Think Tank report 2008, *The relationship and interaction between the coordination Regulations and Directive 2004/38/EC*, disponible sur le site internet de trÉSS.

⁽³³³⁾ Règle qui signifie qu'une personne économiquement active est soumise à la législation de l'État membre sur le territoire duquel elle occupe un emploi salarié ou non salarié, même si elle réside sur le territoire d'un autre État.

veau règlement. Néanmoins, cela ne signifie pas que cette question ne figure plus à l'agenda. Au contraire, il convient de se demander si les règles de conflit de lois du règlement (CE) n° 883/2004 satisfont aux exigences qu'entraînent les nouvelles formes de mobilité ⁽³³⁴⁾. La Commission a lancé l'année dernière une procédure de consultation et a demandé au groupe de réflexion «Think Tank» de trESS d'approfondir l'étude de cette question ⁽³³⁵⁾. Il est probable que dans le cadre de ce processus, la question fondamentale sera soulevée: est-il approprié de modifier certains concepts essentiels des règles de conflit de loi, notamment le rôle dominant de la *lex loci laboris* et l'unicité de la législation applicable?

Pour garantir que les personnes faisant usage de leur droit de libre circulation ne seront pas pénalisées dans le domaine de la sécurité sociale, il ne suffit pas de légiférer. Il est vraiment important d'appliquer ces règles de façon souple et correcte. Bien sûr, une part de responsabilité incombe à la Commission, en sa qualité de gardienne du traité. Mais l'application correcte des règles doit en premier lieu être garantie au niveau national. Dans les États membres, les autorités, les institutions, les partenaires sociaux, les juges, les avocats, les représentants des organisations non gouvernementales (ONG) et autres experts sont chaque jour confrontés à des problèmes d'interprétation et d'application des règles de coordination. Les représentants des autorités et des institutions sont déjà en contact au niveau national et assistent souvent à des réunions au niveau communautaire pour débattre des problèmes d'application. Cependant, ce n'est pas forcément le cas des autres partenaires concernés (avocats, juges, partenaires sociaux, représentant des ONG et autres experts). Pour enrichir leur expertise, mais aussi pour mettre en réseau tous les acteurs concernés au niveau national, la Commis-

sion a décidé il y a six ans de créer un réseau de coordination de la sécurité sociale. Ce réseau, composé d'experts indépendants de chaque État membre, organise régulièrement des séminaires dans tous les États membres. Ces séminaires comptent toujours avec la présence d'un représentant de la Commission. Le réseau, connu sous le nom de trESS, publie également un rapport annuel sur l'application des règles de coordination. Ce rapport est non seulement présenté à la Commission, mais il fait aussi l'objet chaque année d'une évaluation collégiale de la commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants. Grâce au travail du réseau trESS, la Commission a une vision beaucoup plus nette de la façon dont les règles communautaires sont réellement appliquées dans les États membres. Ce travail aide aussi à identifier les règles qui ont besoin d'être éclaircies, corrigées ou adaptées.

Appliquer en souplesse les règles de coordination est aussi l'un des principaux objectifs du nouveau règlement d'exécution. Le but étant de mettre en place une coopération plus efficace et plus étroite entre les institutions. Les échanges d'informations se feront par voie électronique. Le règlement d'exécution contient des dispositions visant à faciliter l'application des règles, notamment un ensemble de dispositions sur l'application provisoire d'une législation et sur l'octroi provisoire de prestations ⁽³³⁶⁾. Le principe de bonne administration est clairement formulé dans les dispositions du règlement (CE) n° 883/2004 ⁽³³⁷⁾ pour éviter qu'en cas de difficultés d'interprétation ou d'application du règlement, le citoyen soit renvoyé d'une institution à une autre.

Grâce à cela, le nouveau système de coordination constituera, en dépit de ses lacunes, un vecteur essentiel de l'intégration européenne.

⁽³³⁴⁾ Communication de la Commission, «La mobilité, un instrument au service d'emplois plus nombreux et de meilleure qualité: le plan d'action européen pour la mobilité de l'emploi (2007-2010)», COM(2007) 773 final.

⁽³³⁵⁾ Un premier rapport intitulé «Towards a new framework for applicable legislation» est déjà disponible sur le site internet du réseau trESS.

⁽³³⁶⁾ Article 6.

⁽³³⁷⁾ Article 76, paragraphes 4 et 6, du règlement (CE) n° 883/2004.

APPLICATION DES RÈGLEMENTS DE COORDINATION DANS LE CONTEXTE DE LA DÉCENTRALISATION ET DE LA RÉGIONALISATION DES SYSTÈMES DE SÉCURITÉ SOCIALE

Eberhard Eichenhofer

Université Friedrich-Schiller, léna (Allemagne)

Naissance en 1950, études de droit et de sciences politiques à Tübingen et Sarrebruck, 1979 doctorat («Les cadres supérieurs d'après le droit des entreprises»), 1980-1982 légiste (Tribunal fédéral des affaires sociales), 1982-1989 chargé de recherches (Institut Max Planck de droit social étranger et international: études et recherches sur le droit social international et comparé), 1987 «venia legendi» = habilitation Sarrebruck (sécurité civile, du travail et sociale, droit international comparé et privé), depuis 1989 professeur (droit du travail, sécurité sociale et droit civil) aux universités d'Osnabrück (jusque 1997) et de léna, 2003 docteur honoris causa de l'université de Göteborg. Publications: *Social Security Law in Canada*, 1984; *International Social Security Law and Private International Law*, 1987; *Social Security Law of the USA*, 1991; *International Social Security Law*, 1995, 1997 2^e éd.; *Social Security Law*, 1995; 1997 2^e éd., 2000 3^e éd., 2003 4^e éd., 2004 5^e éd., 2007 6^e éd.; *Social Security Law of the EU*, 2001, 2003 2^e éd., 2006 3^e éd.; *History of the Welfare State in Europe*, 2007; *EU labour law*, 1998, 2002, 2008, *Welfare State and Globalization*, 2009 (*).



I. INTRODUCTION

A. Droit de coordination européen

Les règlements de coordination des régimes de sécurité sociale — les règlements n° 3 ⁽³³⁸⁾, (CEE) n° 1408/71 ⁽³³⁹⁾ et (CE) n° 883/2004 ⁽³⁴⁰⁾, par exemple — sont non seulement les règlements les plus anciens, mais sont aussi reconnus comme les plus importants de la législation européenne. Leurs dispositions s'adressent aux États membres et ont un double effet sur leur système juridique: ils doi-

vent être appliqués par l'administration gestionnaire du système de sécurité sociale dans chaque État membre et indiquent la direction à suivre aux législations afférentes. Ce double impact a un effet dans deux domaines. Par ses dispositions sur la détermination du droit applicable, le droit de coordination européen donne aux régimes de sécurité sociale de chaque État membre le même champ d'application international et, en imposant l'égalité de traitement des citoyens de l'UE, en égalisant les faits ou les périodes de couverture, en donnant accès à des prestations en nature à des bénéficiaires résidant ou séjournant en dehors de l'État membre compétent et en exportant toutes les prestations en espèces, le droit européen donne aux lois de sécurité sociale un champ d'application international ⁽³⁴¹⁾!

(*) Cette contribution a été traduite à partir de la version anglaise originale.

⁽³³⁸⁾ JO 1958, n° 30, p. 561.

⁽³³⁹⁾ JO 1971, L 149, p. 2; M. Fuchs, *Nomos-Kommentar zum Europäischen Sozialrecht*, 4^e éd., 2005; F. Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, 4^e éd., Anvers, 2003; B. Schulte, «Supranationales Sozialrecht», dans U. Becker, B. Von Maydell et F. Ruland (ed.), *Sozialrechtshandbuch*, 4^e éd., 2008; S. Van Raepenbush, *La sécurité des travailleurs européens*, Bruxelles, 2001; P. Hanau, H.-D. Steinmeyer et R. Wank, *Handbuch des Europäischen Arbeits- und Sozialrechts*, Munich, 2002.

⁽³⁴⁰⁾ JO L 166 du 29.4.2004; E. Eichenhofer (ed.), *50 Jahre nach dem Beginn — neue Regeln über die Koordination sozialer Sicherheit*, Berlin, 2009; F. Marhold (ed.), *Das neue Sozialrecht der EU*, Vienne, 2005; B. Spiegel «Die neue Sozialrechtskoordinierung. Überlegungen zur Verordnung (EG) n° 883/2004», *ZIAS* 2006, 85.

⁽³⁴¹⁾ E. Eichenhofer, *Sozialrecht der EU*, 4^e éd., 2010, Tz 75 et suivants.

B. Une approche de la loi à deux niveaux

La coordination des régimes de sécurité sociale repose sur deux niveaux du droit. Elle est de nature relationnelle, puisqu'elle présuppose l'existence de deux niveaux de droit et établit un lien entre eux: le droit supranational et le droit national. Le droit européen suppose donc l'existence, dans chaque État membre, d'une législation nationale sur la sécurité sociale ⁽³⁴²⁾. Le premier s'adresse à la seconde et, sans la seconde, le premier ne peut pas fonctionner, ni même être envisagé! Les règlements européens de coordination ont une autre caractéristique: lorsque plusieurs États membres sont concernés, ils mettent en relation les législations sur la sécurité sociale de différents pays.

Les règlements de coordination européens sont conçus pour apporter aux systèmes de sécurité sociale de chaque État membre des améliorations essentielles: éviter aussi bien les doublons que les manquements dans la protection des citoyens et protéger les droits de sécurité sociale acquis dans chaque État membre, même si le bénéficiaire a rompu tout lien avec l'État membre dans lequel il a acquis ses droits. Ainsi, puisque le droit européen a pour objet de régir les lois des États membres, les deux niveaux de législation sont étroitement corrélés.

C. Les États membres, des États-nations

Dans cette approche à deux niveaux, le droit européen s'adresse aux législations des États membres dans leur intégralité. Il repose sur l'idée qu'il existe une législation unique, homogène et centralisée, soigneusement élaborée et mise au point par chaque État membre. À première vue, cette hypo-

thèse semble viable, surtout en matière de sécurité sociale. Le concept moderne de sécurité sociale est profondément ancré dans celui d'État-nation. Les spécialistes de l'histoire sociale considèrent que le projet d'assurance sociale de Bismarck de 1881 est un corollaire de la formation de l'empire allemand en 1871. Selon eux, l'assurance sociale était un outil essentiel à la formation interne de l'empire allemand ⁽³⁴³⁾.

Cette observation ne se limite pas à un pays spécifique: elle reflète et exprime une réalité générale en Europe. Anthony Giddens ⁽³⁴⁴⁾ insiste précisément sur ce point lorsqu'il observe l'histoire de la formation de l'État-providence en Europe au XX^e siècle: «Mobiliser l'économie et la société était une nécessité première en temps de guerre; la présence accrue de l'État pendant la Première Guerre mondiale a donné naissance à de nouvelles formes de mesures sociales et économiques qui ont été renforcées et étendues au cours de la Seconde [...]. L'État-providence a toujours été un État national [...]. Le développement des systèmes de protection sociale a été principalement impulsé par la volonté des autorités gouvernementales de l'époque de promouvoir la solidarité nationale [...]. Dès leur apparition et par la suite, les systèmes de protection sociale se sont construits comme les pièces d'un processus plus général de construction d'un État. Qui dit État-providence dit État-nation.»

Ce concept a ensuite connu une refonte dans la théorie de T. H. Marshall ⁽³⁴⁵⁾ sur la citoyenneté sociale, éminemment reconnue. Aujourd'hui, ce raisonnement est internationalement accepté (malgré des nuances pouvant prêter à confusion, voire à des dérives dangereusement nationalistes) comme la théorie la plus adéquate pour légitimer l'État-providence moderne, créateur de droits

⁽³⁴²⁾ S. Chardon, «Principles of Coordination», dans Y. Jorens et B. Schulte, *Coordination of Social Security in Connection with the Accession of Central and Eastern European States, the «Riga Conference»*, Bruges, 1999, p. 43, 46: «La "coordination" est la réglementation des relations entre les systèmes de sécurité sociale nationaux sur la base de principes et de techniques visant à protéger les droits de sécurité sociale des personnes qui migrent, sans remettre en question l'essence de ces systèmes»; F. Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, 4^e éd., Anvers, 2003, p. 6: «Les règles de coordination sont formulées pour ajuster les programmes de sécurité sociale entre eux» (6).

⁽³⁴³⁾ M. Stolleis, «Die Sozialversicherung Bismarcks», dans H. F. Zacher (ed.), *Bedingungen für die Entstehung und Entwicklung der Sozialversicherung*, Berlin, 1979, p. 387 et suivantes.

⁽³⁴⁴⁾ A. Giddens, *Beyond Left and Right*, 1994, p. 136 et suivantes.

⁽³⁴⁵⁾ T. H. Marshall, «Citizenship and Social Class», dans T. H. Marshall (1963), *Sociology at the Crossroads and other Essays*, Londres, 1949, p. 67 et suivantes.

sociaux individuels visant à intégrer chaque «citoyen» dans une société et un système de protection social donné.

Sur le plan international, de nombreux exemples montrent toutefois que les concepts d'État-nation et de sécurité sociale ne sont pas nécessairement en accord ni par nature ni dans leur évolution. Les systèmes de sécurité sociale au Canada, aux États-Unis et en Suisse se caractérisent par une combinaison complexe d'institutions fédérales et nationales, régionales ou cantonales ⁽³⁴⁶⁾. Puisque le concept d'États fédéraux repose sur la distinction et la séparation des pouvoirs législatifs entre deux niveaux de gouvernement, il n'est pas rare que les programmes de sécurité sociale soient établis par des actes législatifs nationaux, mais aussi par une législation autonome élaborée par des autorités régionales investies de pouvoirs législatifs dans le cadre juridique du système fédéral de l'État-nation. Il arrive aussi que les institutions locales jouent un rôle essentiel dans la politique sociale, en tant que prestataires de services, mais aussi en tant qu'acteurs politiques ⁽³⁴⁷⁾, et ceci se vérifie depuis des siècles!

Lorsque le processus d'intégration européenne a été lancé il y a un demi-siècle, cinq des six États membres fondateurs étaient des États-nations centralistes. Pour le seul État fédéral alors participant, la politique sociale était aussi une question purement nationale, puisqu'elle avait pour vocation initiale de contribuer à la construction de la nation par la législation sociale! En cette période de formation, les règlements de coordination n'étaient pas confrontés à la décentralisation et la régionalisation des régimes de sécurité sociale ⁽³⁴⁸⁾.

Mais les temps changent! Si l'on observe la structure interne des États-nations, on constate que la décentralisation et la régionalisation sont dans l'air du temps! Un élan de régionalisation s'observe par exemple en Belgique, en Espagne, en France, en Italie et au Royaume-Uni, où des États-nations précédemment très centralisés semblent enclins à décentraliser leurs structures législatives et administratives internes. La législation régionale sur la santé et les soins de longue durée ⁽³⁴⁹⁾, le marché du travail et les financements corrélés en Belgique ⁽³⁵⁰⁾ et les mesures d'assistance sociale, de santé et d'emploi en Espagne ⁽³⁵¹⁾ sont les exemples de cette tendance en Europe. Le Canada ⁽³⁵²⁾ et les États-Unis ⁽³⁵³⁾ donnent à la législation fédérale et régionale un champ d'action encore plus vaste: l'assistance sociale et l'indemnisation des accidents de travail, l'emploi (États-Unis) et, enfin, les régimes d'invalidité et d'allocations de retraite (Québec et Canada) sont régis par des législations et des administrations régionales.

D. Les trois questions clés

Dans le contexte des règlements de coordination européens, cette évolution met l'observateur face à trois questions importantes et complexes qui exigent des réponses claires:

- Le droit européen a-t-il un impact sur la législation des structures régionales autonomes des États membres en matière de sécurité sociale (II)?
- Si oui, les règlements de coordination européens s'appliquent-ils directement aux interac-

⁽³⁴⁶⁾ U. Becker, *Staat und autonome Träger im Sozialleistungsrecht*, Baden-Baden, 1996; *Le fédéralisme social, lien social et politiques*, 2006; S. Vansteenkiste, *Sociale Zekerheid, federalisme en de Europese Gemeenschap*, 1995; S. Vansteenkiste et M. Taeymans (ed.), *Sociaal Beleid en Federalisme, Staatsrechtsconferentie*, Vlaamse Juristenvereniging, 1998.

⁽³⁴⁷⁾ Autori Vari, *Le autonomie locali nei paesi della Comunità Economica Europea*, Naples, 1981.

⁽³⁴⁸⁾ D. Merten (ed.), *Föderalismus und Europäische Gemeinschaften*, 2^e éd., Berlin, 1990; H.-J. Blanke, *Föderalismus und Integrationsgewalt. Die Bundesrepublik Deutschland, Spanien, Italien und Belgien als dezentralisierte Staaten in der EG*, Berlin, 1991.

⁽³⁴⁹⁾ Y. Jorens, «Défédéralisation de la sécurité sociale en Belgique: l'exemple des soins de longue durée», *Lien social*, 2006, p. 129.

⁽³⁵⁰⁾ P. Pochet et P. Reman, «La sécurité sociale en Belgique: entre régionalisation et européanisation», *ibid.*, p. 89-102.

⁽³⁵¹⁾ M. Chapales, «La protection sociale dans l'État des Autonomies. L'enjeu de fédéralisation progressive de l'Espagne et le difficile équilibre entre l'autonomie régionale et la solidarité interterritoriale», *ibid.*, p. 103-117; J. L. De Castro Ruano, *La emergente participación política de las regiones en el proceso de construcción europea*, Bilbao, 1994.

⁽³⁵²⁾ E. Eichenhofer, *Sozialrecht Kanadas*, Baden-Baden, 1984; G. Boismean, «Les nouveaux visages de vieux démons», *ibid.*, p. 57-71; P. Graefe et M. Levesque, «La nouvelle gouvernance fédérale et les politiques sociales au Canada», *ibid.*, p. 75-88.

⁽³⁵³⁾ E. Eichenhofer, *Recht der sozialen Sicherheit in den USA*, Baden-Baden, 1991.

tions interrégionales des systèmes de sécurité sociale dans un même État membre (III)?

- Si oui, quel impact le droit de coordination européen a-t-il sur la coordination interrégionale des systèmes de sécurité sociale (IV)?

Les réponses à ces questions seront apportées dans les chapitres suivants, afin de contribuer, nous l'espérons, à une meilleure compréhension du sujet ou, dans un jargon académique, à une «théorie sur les interactions entre la législation européenne et la législation interrégionale sur la sécurité sociale» (V).

II. COORDINATION EUROPÉENNE ET AUTORITÉS RÉGIONALES DE SÉCURITÉ SOCIALE DANS LES ÉTATS MEMBRES

A. Structure juridique européenne (Communautés/Union)

Les Communautés européennes (CE) et l'Union européenne (UE) ont été créées par les États membres. Elles sont reconnues dans le droit public international comme des États-nations indépendants et souverains. Les lois européennes, qui reposent sur une disposition précise de la législation fondamentale de la CE et de l'UE, sont prépondérantes par rapport à la législation de chaque État membre. En tant que source, la loi supranationale prévaut sur la législation de chaque État membre. C'est de cette supériorité que naît son impact important, la législation des États membres pouvant être supplantée par celle de la CE ⁽³⁵⁴⁾.

L'impact de la législation supranationale peut être expliqué par la construction juridique de la CE et de l'UE. Le pouvoir législatif des deux entités supranationales naît du transfert préalable d'un pouvoir

précédemment détenu par les États membres ⁽³⁵⁵⁾. Ce transfert est intégré au droit primaire: les États membres abandonnent certains de leurs droits et les confèrent aux institutions européennes. Si le pouvoir législatif des institutions européennes repose sur un transfert du pouvoir législatif des États membres, on peut se demander si ce transfert porte également sur les droits législatifs établis au sein de l'État membre, mais transférés par l'État membre à des institutions régionales disposant de leurs propres droits et privilèges, comme c'est le cas en Écosse, en Irlande du Nord, au pays de Galles, dans les communautés autonomes de Belgique et d'Espagne, dans les régions en Italie et en France, dans les cantons en Suisse et, enfin, dans les Länder en Autriche et en Allemagne.

B. Les États membres, entités juridiques homogènes en termes de protection sociale?

Les entités publiques régionales sont autonomes, mais pas isolées. Elles sont intégrées à l'ordre juridique de l'État membre auquel elles appartiennent de façon pleine et entière. Les unités régionales des États membres ne sont pas indépendantes (même si certaines ont des «ambassades» étrangères), mais sont incorporées à leur État. La législation élaborée par un État membre sur le plan national est par conséquent contraignante pour les autorités régionales. Par ailleurs, rendre ces institutions autonomes, dotées de leurs propres pouvoirs législatifs indépendants, suppose de leur créer et confier des sphères d'action autonomes, dans lesquelles elles peuvent décider de leur politique sans aucune intrusion, ni intervention nationale. Les deux niveaux de gouvernement sont donc relativement indépendants l'un de l'autre.

Enfin, il existe en Europe une forte, parce qu'ancienne, tradition d'autonomie gouvernementale

⁽³⁵⁴⁾ CJCE — L'affaire C-352/06, Bosmann (2008, Rec. p. I-3827, 20 mai 2008), laisse toutefois une plus grande marge aux règles de choix de la loi applicable, à rechercher dans la législation autonome de chaque État membre.

⁽³⁵⁵⁾ CJCE, affaire 26/62, Van Gend et Loos, 1963, Rec. p. 1; affaire 6/24, Costa/ENEL, 1964, Rec. p. 1253; R. Streinz, in Michael Sachs, *Grundgesetz*, 2007 (4^e éd.) Rn. 52 f., concernant la disposition de la Constitution allemande (article 23) qui autorise la République fédérale à transférer des droits nationaux à une entité supranationale.

locale, et cette tradition est, elle aussi, importante en matière de politique sociale (elle prévaut encore aujourd'hui dans de nombreux pays nordiques). Ceci est dû au fait qu'avant que l'État-nation n'apparaisse avec la Révolution française, l'autorité était exercée par les municipalités. À l'aube de l'apparition des services et des avantages sociaux au XI^e siècle, les villes jouaient un rôle crucial: hôpitaux et hospices, asiles et maisons de correction et foyers pour personnes handicapées, personnes âgées, orphelins et mères célibataires étaient construits et gérés par les communautés locales, et ceci n'était pas uniquement vrai dans une poignée de villes, mais partout en Europe!

Il existe un modèle social européen bien plus ancien que l'État-providence national. Pendant des siècles, les municipalités étaient les institutions publiques les plus importantes et les plus influentes en matière de protection sociale. Jusqu'à la fin du XVI^e siècle, elles étaient des acteurs majeurs de la protection sociale. Ce n'est qu'à partir du XVII^e siècle que l'État territorial apparaît et prend le pas dans l'administration de ce domaine. À l'ère de «l'absolutisme éclairé» de la seconde moitié du XVIII^e siècle, l'État territorial joue un rôle pivot systématique dans l'organisation et la prestation des services de protection sociale. Il finit par assumer toutes les missions de contrôle et de gestion de l'ensemble du tissu économique et social de la société, ce qui ne laisse qu'une petite place au choix individuel et aux préférences personnelles des citoyens. Lorsque l'on analyse les corrélations entre les efforts de coordination européens et interrégionaux en matière de sécurité sociale, ces traditions historiques ont une réelle pertinence politique, car les tendances actuelles à la décentralisation tentent de suivre les chemins définis par les États territoriaux alors que l'État-nation n'existait pas encore.

C. Sources

On ne trouve dans le cadre juridique des règlements de coordination de la CE sur la sécurité

sociale aucune disposition spécifique susceptible d'apporter une réponse adéquate à la question soulevée. L'impact de ces règlements sur les législations élaborées par des entités publiques régionales est donc loin d'être clair. Dans ces circonstances, il convient d'examiner le droit primaire et le droit dérivé, mais aussi la jurisprudence, afin de découvrir quelle pourrait être la réponse légale selon la loi européenne.

1. Droit primaire

En droit primaire, si l'on en croit l'article 6, paragraphe 3, du traité de l'UE, l'UE respecte l'«identité nationale de ses États membres». Cette disposition est développée de façon plus explicite dans l'article 4, paragraphe 2, du traité de Lisbonne. Selon ce texte, le respect de l'identité nationale d'un État membre implique d'accepter les structures fondamentales et constitutionnelles de cet État, y compris ses entités régionales et ses structures d'administration autonomes. L'article 136 du traité CE impose à la politique sociale européenne de respecter les traditions et les spécificités de chaque État membre. De plus, le Comité des régions (article 263 du traité CE, article 305 du traité sur le fonctionnement de l'UE — TFUE) atteste du fait qu'en général, la CE comme l'UE reconnaissent les administrations régionales, leur accordent une légitimité spécifique et s'efforcent de les intégrer dans leur cadre juridique.

2. Droit dérivé

On trouve une autre piste de réponse à la question de l'application des règlements de coordination des régimes de sécurité sociale aux actes législatifs des autorités publiques régionales à l'article 1, point j), du règlement (CE) n° 1408/71 — et à l'article 1, point l), du règlement (CE) n° 883/2004. Selon cet article, le terme «législation» désigne, «pour chaque État membre, les lois, les règlements et toutes autres mesures d'application qui concernent les branches et régimes de sécurité sociale visés à l'article 3, paragraphe 1». Cette définition

n'implique pas que l'acte législatif doit être réalisé par l'État membre lui-même. Ceci découle de l'article 4, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 1408/71 — et de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 883/2004 —, selon lequel les droits sociaux protégeant les individus de certains risques prévus dans des accords collectifs (par exemple ceux sur la création et l'administration de programmes d'assurance chômage au Danemark et en France) et donnant naissance à des systèmes de sécurité sociale fondés sur des sources de droit privé (les conventions collectives), peuvent être considérés comme des systèmes de sécurité sociale, pour autant qu'ils ne remplacent pas des institutions juridiques publiques comparables.

Ceci monte clairement que dans le contexte de la coordination, chaque système établi dans le cadre du droit national doit être accepté comme un système de sécurité sociale, ce qui induit un droit à une prestation liée au risque sur une base juridique explicite, qu'elle ait été formulée dans le cadre du droit national ou régional. La qualification de sécurité sociale est donc indépendante de l'autorité ayant créé le droit à prestation.

Cette interprétation est partagée par la CJCE ⁽³⁵⁶⁾. Selon la Cour, la «législation» — article 1^{er}, point j), du règlement (CEE) n° 1408/71 — est un concept très large et très vaste. Par conséquent, on peut conclure que les actes législatifs des organes décentralisés des entités publiques régionales sont soumis aux règles générales des règlements de coordination européens. Ceci peut également être démontré par les dispositions des annexes au règlement de coordination des prestations de sécurité sociale, qui se réfèrent explicitement aux dispositions sur la portée et la provenance régionale.

⁽³⁵⁶⁾ CJCE, affaire 109/76, Blottner, 1977, Rec. p. 1141.

3. Jurisprudence sur la pertinence du droit communautaire pour la législation et l'administration des entités publiques régionales

Selon l'arrêt de la CJCE du 29 avril 1999 ⁽³⁵⁷⁾, le droit communautaire est contraignant pour l'ensemble des tribunaux des États membres, mais aussi pour tous leurs organes administratifs, y compris les organes régionaux et locaux. Ils doivent non seulement ignorer toutes les dispositions du droit national qui ne concordent pas avec la législation européenne, mais aussi veiller à ce que toutes les décisions prises respectent précisément et en substance le droit communautaire. Ainsi, l'administration autrichienne *Land Vorarlberg* doit donner accès à des infrastructures d'appontage sur la côte autrichienne du lac de Constance sans qu'aucune distinction ne soit faite entre les propriétaires de bateaux au titre de leur nationalité, pour autant qu'ils soient citoyens de l'UE. En vertu du droit de libre circulation, la CJCE a formellement déclaré illégal le refus d'un Land allemand d'octroyer l'accès à l'enseignement d'un professeur au titre d'un contrat de travail avec l'autorité publique régionale ⁽³⁵⁸⁾. Concernant l'attribution publique de travaux de construction dans les municipalités, les autorités locales sont tenues de respecter et d'appliquer la législation européenne ⁽³⁵⁹⁾. Selon la jurisprudence de la CJCE, les régimes de retraite publics d'un Land allemand sont tenus de respecter les lois contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Si leurs mesures de protection du survivant couvrent les couples mariés, elles doivent donc couvrir également les couples de même sexe ⁽³⁶⁰⁾. Et les administrations de sécurité sociale régionales doivent respecter les règles du règlement (CEE) n° 1408/71 lorsqu'elles perçoivent les cotisations de sécurité sociale ⁽³⁶¹⁾. De même, en accord avec la jurisprudence de la CJCE, les services d'assurance dépendance flamands sont également soumis

⁽³⁵⁷⁾ CJCE, affaire C-224/97, Ciola/Vorarlberg, 1999, Rec. p. I-2517.

⁽³⁵⁸⁾ CJCE, affaire Deborah Lawie/Land Baden-Württemberg, 1986, Rec. p. 2121.

⁽³⁵⁹⁾ CJCE, affaire C-103/88, Costanzo, 1989, Rec. p. 1839.

⁽³⁶⁰⁾ CJCE, affaire C-267/06, Maruko, 2008, à publier.

⁽³⁶¹⁾ CJCE, affaire C-103/06, Philippe Dervain, 2008, à publier.

aux lois de coordination européennes ⁽³⁶²⁾, mais la Cour n'a pas jugé utile de donner des explications supplémentaires sur ce point, le considérant comme allant de soi.

D. Justification

Cette solution peut s'expliquer par le fait que le droit communautaire s'adresse aux États membres. S'ils délèguent leurs pouvoirs législatifs ou administratifs à des entités ou des institutions régionales autonomes internes, ils ne peuvent s'affranchir des engagements que leur impose ce droit communautaire ⁽³⁶³⁾. «L'État-nation a été initialement établi pour créer une suprématie du centre sur la périphérie» ⁽³⁶⁴⁾. De ceci découle le fait que le droit national prévaut sur la législation régionale. Le droit communautaire ne s'adresse pas uniquement aux États membres en leur qualité de législatures, mais en tant que systèmes juridiques au sens large! C'est pour cette raison que toutes les structures régionales et locales du système judiciaire d'un État membre sont soumises à la législation communautaire de la même façon qu'elles sont soumises à leur législation nationale ⁽³⁶⁵⁾. Ainsi, Ingolf Pernice caractérise l'impact du droit communautaire sur le système juridique d'un État membre comme une approche à trois, voire quatre niveaux (si l'on considère les communautés locales comme une autorité législative supplémentaire), dans laquelle le droit communautaire est le premier niveau, le droit national, le deuxième niveau, la législation régionale, le troisième et, enfin, le niveau local, le quatrième niveau d'un système complet de gouvernance fédérale intégré dans un système juridique européen. Cela montre clairement que dans une structure de gouvernance européenne à plusieurs niveaux, l'idée traditionnelle de souveraineté nationale n'est plus adaptée pour décrire les

relations entre la Communauté/l'Union européenne et les États membres.

III. DROIT EUROPÉEN ET INTERRÉGIONAL SUR LA SÉCURITÉ SOCIALE

A. Droit interrégional sur la sécurité sociale

Si, au sein d'un État membre, les autorités publiques régionales sont autorisées à édicter des normes en matière de sécurité sociale, cette autorisation ne peut pas être restreinte au droit matériel à créer. En vertu de ce droit, l'autorité régionale a donc non seulement la possibilité et l'autorisation, par exemple en matière de protection sociale, de définir les prestations, les personnes bénéficiaires, mais aussi de gérer les entités publiques chargées d'administrer les prestations en question (ou de désigner les gestionnaires de ces entités). Le pouvoir législatif offre en outre deux capacités supplémentaires: définir le champ d'application et déterminer l'effet du système régional de sécurité sociale dans l'espace et dans le temps ⁽³⁶⁶⁾.

Dans la mesure où aucune législation nationale n'exige d'établir des droits et des obligations à l'échelle mondiale (même si les textes de droit matériel sont souvent rédigés dans un langage universel), aucune législation régionale au sein d'un État membre ne prétend créer un réseau mondial de protection sociale. Bien au contraire! Bien souvent, la politique sociale régionale est guidée par une approche plus paroissiale, parfois empreinte de romantisme social ⁽³⁶⁷⁾. Il s'agit d'améliorer la

⁽³⁶²⁾ CJCE, affaire C-212/06, gouvernement de la Communauté française et gouvernement wallon/gouvernement flamand, 2008, à publier.

⁽³⁶³⁾ R. Monaco, «Politica regionale Comunitaria e regioni», dans F. Cuccolo, R. Monaco, C. Tesaro, e.a., *Istituzioni Comunitarie e Regioni, III. Convegno Nazionale di Studi regionale*, Naples, 1990, p. 27, 29.

⁽³⁶⁴⁾ S. Fabbrini, «The European Union in American Perspective», dans C. Asell et C. di Paolo, *Restructuring Territoriality: Europe and the United States*, Cambridge, 2004, p. 163 et suivantes.

⁽³⁶⁵⁾ I. Pernice, dans H. Dreier (ed.), *Grundgesetz*, 1998, Bd. 2, Rn. 23, article 23.

⁽³⁶⁶⁾ E. Eichenhofer, *Internationales Sozialrecht*, Munich, 1994, Tz 11, p. 144 et suivantes.

⁽³⁶⁷⁾ P. Van Parijs, «Rechtvaardig Sociaal Beleid in een Plurinationale Federale Staat», dans Vansteenkiste et Taeymans, n° 9, 1998, p. 3, 5 et suivantes. L'auteur utilise le terme très étrange de «volksgemeenschap» pour caractériser l'«interpersoonlijke solidariteit [...] binnen een zelfde ethnos (uiteraard niet raciaal maar cultureel gedefinieerd), omdat ze voldoende identificatie vereist»; en réponse à cette étrange interprétation, Danny Pieters, *Het Sociaal Beleid in de Federale Rechtsorde*, ibid., 13, 15: «ons staatsbestel kent geen "volksgemeenschap" [...] ook gemeenschappen zijn territoriaal gedefinieerd».

cohésion sociale dans une portion d'un État membre et, ce faisant, d'exclure «les autres» de la solidarité régionale (cette attitude pourrait illustrer la citation de Jean-Paul Sartre: «L'enfer, c'est les autres!»). La sécurité sociale régionale associe donc inclusion et exclusion, et ceci sur une base légale très claire.

Par conséquent, chaque loi matérielle étant élaborée pour une durée et un espace déterminés ⁽³⁶⁸⁾, il est nécessaire de mettre en place une législation «interlocale», «internationale», «interprovinciale» ou «interrégionale». Ceci est envisagé pour répondre aux conflits de lois ou à la nécessité de choisir les lois applicables. Dans cette perspective, il devient clair que la législation interrégionale et internationale sont structurellement similaires. Les deux sont nécessaires, car la loi est élaborée par une unité régionale ou nationale dans le cadre juridique d'autres régions ou nations. Dans le monde d'aujourd'hui, le droit international est éminemment important puisqu'il est surtout amené par les États-nations. Si un État membre autorise l'élaboration d'une législation régionale, il doit déterminer comment gérer les différentes législations régionales et, surtout, leur impact sur les personnes couvertes si elles exercent leur droit de libre circulation à l'intérieur de l'État membre.

D'un point de vue historique, le droit national est le fruit tardif des évolutions juridiques des deux siècles passés. Avant l'apparition de l'État-nation, les relations juridiques reposaient sur les lois promulguées par des États territoriaux (les cités et les duchés) et à l'époque médiévale, le droit était fondé sur la législation des villes. Par conséquent, tout comme la ville est le prédécesseur de l'État-providence moderne, le droit «interlocal» est le prédécesseur du droit international. Les pères fondateurs du droit international (les Italiens Bartolus et Baldus) ont fondé leurs théories maîtresses sur les principes de base du choix du droit applicable en analysant les règlements des tribu-

naux établis par les villes dans l'exercice de leur pouvoir législatif.

Le droit interrégional et le droit international doivent apporter des réponses convenables à des questions assez similaires. Tout d'abord, comment déterminer le champ d'application d'une loi donnée? Dans ce contexte, il faut définir l'espace dans lequel la loi en question sera considérée valide, c'est-à-dire applicable et socialement pertinente. Ensuite, quels sont les effets d'un droit donné? Doit-il être restreint à la sphère nationale ou régionale dans laquelle, par laquelle et pour laquelle il a été créé? Ou doit-il être également appliqué au bénéficiaire s'il réside et travaille hors de la région ou de l'État-nation, dans une autre région ou un autre État-nation?

Tout comme une loi nationale, une loi régionale peut être appliquée aux «citoyens», aux résidents, aux salariés, à ceux qui l'ont choisie ou à ceux qui possèdent des biens dans l'espace régi par l'autorité législative. Dans le droit interrégional tout comme dans le droit international, il faut donc choisir entre *lex domicilii*, *lex patriae*, *lex loci laboris*, *lex contractus* et *lex rei sitae*. Tous ces principes doivent être stipulés pour déterminer le champ d'application *interrégional* ou *international* d'un ordre juridique donné.

Concernant la deuxième question, le droit interrégional et le droit international sont également confrontés au même type d'alternative. Le droit matériel d'une région ou d'un État-nation doit-il être pertinent uniquement au sein de l'espace qu'il gouverne ou un droit acquis dans le cadre de la législation d'une région ou d'un État-nation est-il également applicable hors de l'espace gouverné, dans d'autres régions ou États-nations?

En réponse à cette question, deux approches sont possibles: le repli régional ou l'ouverture. Laquelle est préférable? Cela ne dépend pas uniquement de l'état d'esprit du législateur. Si l'on choisit de rester dans la région, on se contentera de vérifier le bien-

⁽³⁶⁸⁾ E. Eichenhofer, *Internationales Sozialrecht*, 1994, Tz 1 et suivants.

fondé du droit dans l'espace régional ou national. Si l'on opte pour l'ouverture, on suppose que le droit social est un droit de l'homme ou, en d'autres termes, une réponse aux besoins fondamentaux de l'être humain! Par conséquent, si l'on envisage le droit social comme un droit de l'homme, la protection interrégionale ou internationale des droits sociaux acquis n'est plus seulement une préférence politique: elle devient une nécessité juridique. Ceci suppose alors la création d'un réseau complet d'institutions de coopération interrégionale ou internationale et, par-dessus tout, la volonté de garantir l'existence d'un cadre juridique et administratif de coordination des systèmes de sécurité sociale.

B. Coordination européenne et interrégionale

Le droit de coordination communautaire est une forme particulière du droit international de la sécurité sociale ⁽³⁶⁹⁾. L'origine et l'objectif de ce droit supranational étaient et demeurent le remplacement de tous les instruments bilatéraux utilisés dans le domaine de la coordination internationale de la sécurité sociale (en tant qu'éléments du droit intergouvernemental fondés sur le droit public international) par une législation européenne supranationale et multilatérale créant un droit international de la sécurité sociale unique, directement applicable à tous les États membres et répondant aux mêmes règles et principes.

Malgré le fait que les régions soient des parties intégrantes et dépendantes des États membres et doivent, si elles agissent de façon autonome, respecter toutes les demandes et les restrictions juridiques que la législation communautaire impose à l'État membre auquel elles appartiennent, et en dépit des nombreuses analogies structurelles que l'on peut constater entre le droit de la sécurité sociale au plan interrégional et international, on peut s'interroger sur la possibilité d'appliquer les

lois de coordination communautaires des systèmes de sécurité sociale aux dispositions du droit de la sécurité sociale interrégional.

Le droit interrégional faisant partie intégrante de la législation nationale de chaque État membre, il convient de garder à l'esprit que la loi de coordination communautaire n'a pas de portée universelle et régit uniquement les relations internationales entre les États membres dans le domaine de la sécurité sociale. Ceci est un principe dans la jurisprudence de la CJCE, dont les bases vastes et solides sont ancrées dans une pratique répétée. Concernant l'application des règles de coordination, la CJCE n'a pas exigé pas que les personnes concernées fassent usage de leurs droits fondamentaux ⁽³⁷⁰⁾: «La Cour a précisé [...] que les règles du traité en matière de libre circulation des personnes et les actes pris en exécution de ces règles ne peuvent être appliqués à des activités qui ne présentent aucun facteur de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit communautaire et dont l'ensemble des éléments pertinents se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre» ⁽³⁷¹⁾. «C'est particulièrement le cas lorsque la situation d'un travailleur présente uniquement des liens avec un pays non membre et un seul État membre» ⁽³⁷²⁾.

L'application des lois de coordination communautaires exige donc qu'il existe un élément transfrontalier entre différents États membres. Les relations interrégionales, quant à elles, peuvent être limitées aux territoires internes. Ce principe essentiel est également la pierre angulaire de la jurisprudence de la CJCE. On le retrouve dans de nombreux arrêts sur le droit d'établissement ⁽³⁷³⁾, le droit de libre cir-

⁽³⁶⁹⁾ S. Devetzi, *Die Kollisionsnormen des Europäischen Sozialrechts*, Berlin, 2000; E. Eichenhofer, *Internationales Sozialrecht*, Munich, 1994; Ibid., *Sozialrecht der EU*, 4^e éd., 2010; R. Schuler, *Das Internationale Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1988.

⁽³⁷⁰⁾ CJCE, affaire 75/63, Unger, 1964, Rec. p. 379; affaire 31/64, Bertholet, 1965, Rec. p. 111.

⁽³⁷¹⁾ CJCE, affaires C-95/99, C-98/99 et C-180/99, Kahlil, 2001, Rec. p. I-7413; affaire C-59/95, Moriana, 1997, Rec. p. I-1071; affaire C-153/91, Petit, 1992, Rec. p. I-4973; affaires C-64/96 et C-65/96, Uecker et Jacquet, 1997, Rec. p. I-3171; affaires C-225/95, C-226/95 et C-227/95, Kapaskalis, 1998, Rec. p. I-4239; affaire C-18/95, Terhoeve, 1999, Rec. p. I-345.

⁽³⁷²⁾ CJCE, affaires C-95/99, C-98/99 et C-180/99, Kahlil, 2001, Rec. p. I-7413; affaire C-297/92, Baglieri, 1993, Rec. p. I-5211; affaire C-60/93, Aldeweld, 1994, Rec. p. I-2991.

⁽³⁷³⁾ CJCE, affaire 20/87, Gauchard, 1987, Rec. p. 4879.

ulation ⁽³⁷⁴⁾, l'application du règlement (CEE) n° 1408/71 ⁽³⁷⁵⁾ aux ressortissants des pays tiers et le concept de citoyenneté de l'UE ⁽³⁷⁶⁾. Forte de cette dernière observation, la CJCE a arrêté que le statut juridique d'un citoyen de l'UE ne peut pas être déduit de celui d'un citoyen européen vivant et travaillant dans un seul État membre et n'ayant aucun lien avec un autre État membre.

La CJCE a jugé que les droits linguistiques des travailleurs migrants stipulés à l'article 84, paragraphe 4, du règlement (CEE) n° 1408/71, ne s'appliquent pas aux affaires de sécurité sociale sans dimension transfrontalière entre États membres ⁽³⁷⁷⁾. Ainsi, les conflits sur les droits linguistiques des différentes communautés du Royaume de Belgique ne sont pas du ressort de la loi de coordination communautaire des régimes de sécurité sociale. Il n'est donc guère surprenant de constater que dans un arrêt récent concernant la législation régionale sur les services d'assurance dépendance flamands ⁽³⁷⁸⁾, la Cour déclare que la législation communautaire n'est pas pertinente sur ce point de législation régionale, lorsqu'elle concerne le statut de personnes n'ayant pas fait usage de leur droit fondamental de libre circulation. Dans ces circonstances, les lois de coordination communautaires ne sont pas applicables tant que les relations interrégionales concernent uniquement les lois internes d'un État membre.

C. Les règlements de coordination communautaire ont-ils un impact sur la sécurité sociale interrégionale?

L'arrêt de la CJCE sur les services publics d'assurance dépendance flamands n'induit pas que la

coordination communautaire n'a jamais d'impact sur la législation interrégionale, car la première relève du droit supranational et la seconde du droit national, et donc de la législation interne sur la sécurité sociale. L'arrêt contient un élément bien plus important: la CJCE s'est penchée sur une disposition de la législation régionale selon laquelle les services d'assurance dépendance sont réservés aux personnes résidant dans la partie flamande de la Belgique ou dans la zone de Bruxelles, à l'exclusion des demandeurs vivant dans d'autres régions de la Belgique, stipulant que seuls peuvent être pris en charge ceux ayant précédemment résidé sur le sol flamand.

La Cour a jugé que le caractère exclusif des services publics d'assurance dépendance flamands vis-à-vis des personnes résidant dans d'autres zones de la Belgique pouvait empêcher ces citoyens de l'UE d'exercer pleinement leur droit de pratiquer une activité salariée dans tous les États membres en vertu de leur droit de libre circulation (garanti par l'article 39 du traité CE), dans la mesure où ils seraient pénalisés par la perte de leurs droits de sécurité sociale s'ils résidaient hors du territoire de la région compétente. Ainsi, on peut conclure de l'arrêt de la CJCE sur les services publics d'assurance dépendance flamands que les actes législatifs des entités publiques régionales dans le domaine de la sécurité sociale ne sont pas absolument hors du champ d'influence de la législation européenne ⁽³⁷⁹⁾. La législation européenne a donc bien un effet sur les lois interrégionales de sécurité sociale. La compatibilité de ces dispositions avec les lois de coordination européennes peut être remise en question si l'affaire concernée est transfrontalière.

Il serait donc totalement erroné d'affirmer qu'il existe une séparation absolue entre les lois de coordination européennes relevant du droit supranational et la sécurité sociale interrégionale relevant du droit national ou interne, et qu'il existe deux mondes séparés, deux sphères juridiques qui

⁽³⁷⁴⁾ CJCE, affaire C-18/95, Terhoeve, 1999, Rec. p. I-345.

⁽³⁷⁵⁾ CJCE, affaires C-95/99, C-98/99 et C-180/99, Kahlil, 2001, Rec. p. I-7413.

⁽³⁷⁶⁾ CJCE, affaire C-403/03, Schempp, 2005, Rec. p. I-6421. Cette affaire a eu un impact majeur sur la sécurité sociale, assez rapidement révélé par S. Van Raepenbusch, «Persons Covered by Regulation (EEC) 1408/71 and European Citizenship», dans Swedish National Social Insurance Board/ European Commission, *25 years of regulation (EEC) No. 1408/71 on social security for migrant workers*, Stockholm, 1997, p. 71, 81 et suivantes.

⁽³⁷⁷⁾ CJCE, affaire C-153/91, Petit, 1992, Rec. p. I-4973.

⁽³⁷⁸⁾ CJCE, affaire C-212/06, gouvernement de la Communauté française et gouvernement wallon/gouvernement flamand, 2008, à publier; voir également l'arrêt n° 11/2009 de la Cour constitutionnelle de Belgique (numéro de référence: 3194/3195).

⁽³⁷⁹⁾ Voir les conclusions de l'avocat général, Eleanor Sharpston, présentées le 28 juin 2007, dans l'affaire C-212/06, points 115 et 157.

coexistent sans jamais entrer en relation! La législation européenne n'est pas un système juridique cohésif et cohérent établi comme un ordre juridique total et hermétique, supérieur à ceux des États membres. L'objectif de la législation européenne est plutôt de faire fonctionner le marché unique en accord avec les systèmes juridiques de tous les États membres. Ce n'est que dans les affaires transfrontalières que la législation européenne devient pertinente et, dans ce cas, la loi supranationale doit veiller à prévaloir sur la législation des États membres, quel que soit le niveau de l'autorité qui l'a promulguée au sein de ces États.

Les interrogations formulées au sujet de la législation européenne n'ont pas pour objectif de reconstruire une hiérarchie abstraite de dispositions d'origine nationale ou supranationale, mais plutôt de répondre à des situations concrètes créées par les activités transfrontalières des individus. Étant donnée la très large définition que la CJCE donne au concept de connexion transfrontalière et à la croissance importante des activités intracommunautaires due à la mobilité accrue de la main d'œuvre sur le marché unique, il est très probable que la coordination interrégionale des régimes de sécurité sociale sera remise en question au regard de la loi de coordination européenne.

Lorsque l'on examine la jurisprudence de la CJCE sur ce qui constitue une affaire transfrontalière, il apparaît clairement qu'il n'est pas nécessaire que le bénéficiaire lui-même soit en relation avec plusieurs États membres. En cas de prestations familiales, il suffit que ce lien transfrontalier existe par l'intermédiaire d'un enfant pour que le parent ait droit à la prestation ⁽³⁸⁰⁾. Le même principe s'applique à l'imposition des parents ⁽³⁸¹⁾. Dans ce contexte, la CJCE a jugé qu'un élément transfrontalier peut aussi être fondé sur la situation transfrontalière du membre de la famille du contribuable résidant et travaillant dans un même État membre,

si ce dernier conteste le droit national d'imposition interdisant la déduction du revenu imposable des pensions alimentaires payées à un membre de la famille, même si la loi d'imposition de l'État compétent n'envisage pas du tout ce type de déduction!

La législation de coordination communautaire des systèmes de sécurité sociale a non seulement un impact sur le droit matériel régional, mais aussi sur ses dimensions interrégionales, ou du moins sur ses conséquences en matière de droit international, puisque les frontières régionales coïncident parfois avec celles des États membres. Si le second est soumis à la législation de coordination communautaire, le premier l'est aussi, pour autant que la circulation interrégionale s'avère être considérée au même plan que la circulation internationale!

IV. LA LÉGISLATION INTERRÉGIONALE EST-ELLE AFFECTÉE PAR LA LOI EUROPÉENNE DE COORDINATION DES RÉGIMES DE SÉCURITÉ SOCIALE?

A. Sécurité sociale interrégionale et mesures européennes de coordination sociale

Dans son arrêt du 1^{er} avril 2008 sur les services publics d'assurance dépendance flamands, très important pour la suite des débats, la CJCE a établi une distinction explicite entre les affaires relevant strictement de la législation interne et celles présentant une véritable dimension européenne. Tandis que les premières ne relèvent pas des dispositions de la législation communautaire, les dernières doivent être directement examinées au regard de leur compatibilité avec les règlements européens de coordination des systèmes de sécurité sociale. La Cour a formulé l'arrêt suivant ⁽³⁸²⁾:

⁽³⁸⁰⁾ CJCE, affaire C-194/96, Kulzer, 1998, Rec. p. I-895.

⁽³⁸¹⁾ CJCE, affaire C-403/03, Schempp, 2005, Rec. p. I-6421.

⁽³⁸²⁾ CJCE, affaire C-212/06, gouvernement de la Communauté française et gouvernement wallon/gouvernement flamand, 2008, arrêt non encore publié au Recueil.

«À cet égard, il importe de rappeler que, selon une jurisprudence constante, les règles du traité en matière de libre circulation des personnes et les actes pris en exécution de celles-ci ne peuvent être appliqués à des activités qui ne présentent aucun facteur de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit communautaire et dont l'ensemble des éléments pertinents se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre. [...] En revanche, ainsi que la Cour l'a également précisé, tout ressortissant communautaire, indépendamment de son lieu de résidence et de sa nationalité, qui a fait usage du droit à la libre circulation et qui a exercé une activité professionnelle dans un autre État membre relève du champ d'application des dispositions susmentionnées» ⁽³⁸³⁾.

«Dans ces conditions, il est nécessaire de distinguer, à la lumière des principes rappelés aux points 32 et 33 du présent arrêt, deux types de situations. [...] D'une part, l'application de la réglementation en cause au principal entraîne [...] l'exclusion du régime de l'assurance soins des ressortissants belges exerçant une activité professionnelle sur le territoire de la région de langue néerlandaise ou sur celui de la région bilingue de Bruxelles-Capitale, mais qui résident dans les régions de langue française ou allemande et n'ont jamais exercé leur liberté de circuler à l'intérieur de la Communauté européenne. Or, force est de constater que le droit communautaire ne saurait être appliqué à de telles situations purement internes» ⁽³⁸⁴⁾.

«D'autre part, la législation en cause au principal est également susceptible d'exclure du régime de l'assurance soins des travailleurs salariés ou non salariés entrant dans le champ d'application du droit communautaire, à savoir aussi bien des ressortissants d'États membres autres que le Royaume de Belgique exerçant une activité professionnelle dans la région de langue néerlandaise ou dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, mais résidant dans

une autre partie du territoire national, que des ressortissants belges se trouvant dans la même situation et ayant fait usage de leur droit de libre circulation. En ce qui concerne cette seconde catégorie de travailleurs, il y a lieu, dès lors, d'examiner si les dispositions du droit communautaire dont l'interprétation est sollicitée par la juridiction de renvoi s'opposent à une réglementation telle que celle en cause au principal dans la mesure où elle s'applique à des ressortissants d'États membres autres que le Royaume de Belgique ou à des ressortissants belges ayant fait usage de leur droit de libre circulation à l'intérieur de la Communauté européenne» ⁽³⁸⁵⁾.

«À la lumière de ces principes, ont notamment été qualifiées d'entraves des mesures qui ont pour effet de faire perdre aux travailleurs, par suite de l'exercice de leur droit de libre circulation, des avantages de sécurité sociale que leur assure la législation d'un État membre. [...] Or, une réglementation comme celle en cause au principal est de nature à produire de tels effets restrictifs, dans la mesure où elle soumet l'affiliation au régime de l'assurance soins à une condition de résidence soit dans une partie limitée du territoire national, à savoir la région de langue néerlandaise et la région bilingue de Bruxelles-Capitale, soit dans un autre État membre.

En effet, des travailleurs migrants, exerçant ou envisageant d'exercer une activité salariée ou non salariée dans l'une de ces deux régions, pourraient être dissuadés de faire usage de leur liberté de circuler et de quitter leur État membre d'origine pour séjourner en Belgique, en raison du fait que leur installation dans certaines parties du territoire belge comporterait la perte de la possibilité de bénéficier de prestations auxquelles, autrement, ils auraient pu prétendre. En d'autres termes, le fait que les travailleurs salariés ou non salariés concernés se trouvent dans la situation de subir soit la perte du bénéfice de l'assurance soins, soit une limitation du choix du lieu de transfert de leur rési-

⁽³⁸³⁾ Points 33 et suivants.

⁽³⁸⁴⁾ Points 37 et suivants.

⁽³⁸⁵⁾ Points 41 et suivants.

dence est, à tout le moins, susceptible d'entraver l'exercice des droits conférés par les articles 39 et 43 CE» ⁽³⁸⁶⁾.

«En outre, [...] les effets restrictifs engendrés par la réglementation en cause au principal ne sauraient être considérés comme trop aléatoires ou trop indirects pour que celle-ci ne puisse pas être regardée comme constituant une entrave contraire aux articles 39 et 43 CE. En particulier, [...] la possibilité de bénéficier des prestations d'assurance soins en cause dépend non pas d'un événement futur et hypothétique pour le travailleur salarié ou non salarié concerné, mais d'une circonstance liée, par définition, à l'exercice du droit de libre circulation, à savoir le choix du lieu de transfert de sa résidence» ⁽³⁸⁷⁾.

Il ressort clairement de ce qui précède que tous les bénéficiaires couverts par les services publics d'assurance dépendance flamands du fait de leur statut de salarié au sein de la région compétente (Communauté flamande et Bruxelles) sont privés de leurs droits de sécurité sociale s'ils prennent résidence dans un autre État membre (par exemple aux Pays-Bas ou en Allemagne), même si des assurances de même type existent aussi dans ces pays!

La restriction imposée par l'organisme flamand d'assurance dépendance aux résidents de la région ne peut pas être justifiée par le caractère supposé unique de la méthode flamande de prestation de soins de longue durée aux personnes dépendantes, ni par la restriction territoriale du pouvoir administratif et organisationnel du gouvernement et du droit flamands. En vertu de la législation communautaire, il est non seulement possible, mais obligatoire, que des droits à des services d'assurance dépendance acquis auprès d'un organisme belge (flamand, par exemple) puissent donner accès à des services de soins fournis par des prestataires allemands ou néerlandais, les coûts devant être sup-

portés par l'assurance flamande. La législation européenne applique la même loi aux soins de santé pour retraités ⁽³⁸⁸⁾. Ainsi, il ressort clairement de la législation de coordination, qui considère que les soins de longue durée font partie intégrante des soins de santé ⁽³⁸⁹⁾, que la CJCE ne peut autoriser aucune clause de résidence limitant l'accès des personnes couvertes au service public d'assurance dépendance flamand, si elles résident dans un autre État membre, qu'il soit voisin ou plus éloigné.

B. La législation de coordination communautaire est-elle pertinente dans les affaires de sécurité sociale?

La législation de coordination communautaire est pertinente dans les affaires portant sur la sécurité sociale si elles comportent une composante intra-communautaire, c'est-à-dire un lien avec un autre État membre. Mais il arrive que dans les affaires ne présentant aucun élément transfrontalier, le droit communautaire puisse avoir un impact sur la situation juridique des personnes impliquées. Faisons à nouveau référence à l'analyse de la CJCE dans l'affaire du programme d'assurance dépendance flamand. La Cour a prononcé l'arrêt suivant:

«Il convient néanmoins d'observer que l'interprétation de dispositions du droit communautaire pourrait éventuellement être utile à la juridiction nationale, y compris au regard de situations qualifiées de purement internes, en particulier dans l'hypothèse où le droit de l'État membre concerné imposerait de faire bénéficier tout ressortissant national des mêmes droits que ceux qu'un ressortissant d'un autre État membre tirerait du droit communautaire dans une situation considérée par ladite juridiction comme étant comparable» ⁽³⁹⁰⁾.

⁽³⁸⁸⁾ Les articles 27 et suivants du règlement (CEE) n° 1408/71 correspondant aux articles 23 et suivants du règlement (CE) n° 883/2004.

⁽³⁸⁹⁾ CJCE, affaire C-160/96, Molenaar, 1998, Rec. p. I-843, affaire C-215/99, Jauch, 2001, Rec. p. I-1901, et affaire C-286/03, Hosse, 2006, Rec. p. I-1771; F. Pennings, n° 2, p. 149 et suivantes.

⁽³⁹⁰⁾ CJCE, affaire C-212/06, gouvernement de la Communauté française et gouvernement wallon/gouvernement flamand, 2008, ECR, arrêt non encore publié au Recueil, n° 40; A. Wallrabenstein, note in ZESAR 2009, p. 139 et suivantes.

⁽³⁸⁶⁾ Points 46 et suivants.

⁽³⁸⁷⁾ Point 51.

Si la législation européenne ne s'applique pas directement aux affaires purement intérieures ⁽³⁹¹⁾, cela n'empêche pas les tribunaux nationaux d'examiner si, en vertu des dispositions des lois supranationales, un travailleur (salarié ou indépendant) dans l'État compétent ne possédant pas de lien avec le système juridique d'un autre État membre, pourrait être discriminé face à un travailleur possédant un tel lien. Tous les tribunaux, dans tous les États membres, peuvent examiner si cet écart de traitement est permis dans leur loi constitutionnelle nationale ⁽³⁹²⁾. C'est la raison pour laquelle la question de savoir, dans quelle mesure un traitement différent entre affaires internes et transfrontalières est autorisé, doit être soulevée et résolue dans le cadre du droit constitutionnel national.

Cette question soulève un problème général et plutôt fondamental de la législation communautaire: celui de la discrimination à rebours ⁽³⁹³⁾. En Allemagne, on l'appelle l'*Inländer-Diskriminierung*, qui consiste à établir si les ressortissants d'un État membre (*Inländer*) sont traités de façon moins favorable que les migrants ne le sont par la législation européenne. Ceci, bien sûr, est une question plutôt rhétorique, qui cache à peine la tonalité affirmative de la réponse attendue.

Cette question n'est donc pas formulée correctement. Elle doit l'être comme suit: est-il possible, dans le cadre des constitutions des États membres, que la législation communautaire crée des conditions plus favorables que le droit national pour un individu? Si une telle différence était qualifiée de discrimination, elle ne serait pas considérée comme due à la législation communautaire mais, au contraire, au droit national. Il existe en outre une correspondance plus subtile entre droit interne et droit européen: si le droit interne des États membres prévoit un principe de non-discrimination similaire, il pourra être affirmé qu'il a été élaboré comme un

corollaire de la clause de non-discrimination stipulée dans le droit communautaire!

C. Peut-on trouver dans le droit interne des États membres un principe de non-discrimination concernant le traitement d'affaires comparables au titre du droit national ou du droit communautaire?

La question qui émerge en fin de compte est la suivante: le droit interne accorde-t-il aux citoyens un statut juridique moins favorable que celui qu'ils pourraient obtenir, devraient obtenir et obtiendraient avec le droit communautaire? Cette question ne peut trouver de réponse dans l'interprétation du droit communautaire, car ce dernier ne s'applique pas aux affaires purement internes. Elle porte néanmoins sur les conséquences implicites de ce droit communautaire. Si ce principe pouvait être identifié dans le droit interne des États membres, les règles du droit communautaire concerneraient aussi le droit interne (en d'autres termes, la pertinence de la législation communautaire transcenderait sa propre sphère).

La réponse à cette question ne peut pas être déduite des constitutions des États membres, dans lesquelles des dispositions explicites sont difficiles à trouver. Il faut donc tenter de trouver cette réponse en s'appuyant sur un principe constitutionnel reconnu, généralement défini et interprété de façon assez abstraite. L'une des principales dispositions des constitutions est le principe d'égalité. Égalité entre affaires européennes et internes (est-ce un principe généralement accepté aujourd'hui dans les États membres?). L'égalité (comme le démontre l'article 20 de la charte des droits fondamentaux de l'UE) est un principe du droit constitutionnel européen largement accepté et respecté. À cet égard, la Cour constitutionnelle allemande ⁽³⁹⁴⁾ a jugé que les exigences de la législation professionnelle allemande pour créer une entreprise d'ar-

⁽³⁹¹⁾ CJCE, affaire C-332/90, Steen I, 1992, Rec. p. I-341.

⁽³⁹²⁾ CJCE, affaire C-132/93, Steen II, 1994, Rec. p. 2715.

⁽³⁹³⁾ A. Epiney, *Umgekehrte Diskriminierungen*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich, 1995; Anne Walter, *Reverse Discrimination and Family Reunification*, 2008.

⁽³⁹⁴⁾ BVerfG — 5.12.2005 — 1 BvR 1730/02 = *Gewerbearchiv* 2006, 71-73.

tisanat étaient devenues anticonstitutionnelles du point de vue de l'égalité de traitement puisque, sur le marché unique, le niveau (élevé) des exigences de l'Allemagne n'est égalé qu'au Luxembourg et en Autriche et les exigences relatives au niveau de formation des artisans indépendants sont nettement moins strictes dans les autres États membres. Si la loi allemande est plus exigeante que celle des autres États membres, le traitement des artisans en Allemagne est donc inégal et défavorable ⁽³⁹⁵⁾.

Se référant au principe d'égalité établi à l'article 3, paragraphe 1, de la Constitution allemande, la Cour administrative d'Oldenburg a statué le 26 septembre 2008 ⁽³⁹⁶⁾ sur la pertinence de cette disposition constitutionnelle dans le traitement d'affaires similaires relevant à la fois du droit interne et du droit européen. La Cour a arrêté que les statuts d'une caisse de retraite publique fournissant des services d'assurance vieillesse-invalidité aux dentistes du Land allemand de Basse-Saxe (*Niedersachsen*), édictés sur la base de la législation du Land par la Chambre des dentistes de Basse-Saxe, étaient anticonstitutionnels du fait de leur violation du principe d'égalité. En effet, ils accordaient aux dentistes arrivant en Basse-Saxe en provenance d'autres pays membres de l'UE un traitement plus favorable que celui réservé aux dentistes provenant d'autres Länder allemands. Contrairement aux dentistes qui s'établissaient en Basse-Saxe après une période de travail indépendant dans un autre Land allemand, les migrants européens, couverts par le système de sécurité sociale de leur précédent État membre de résidence, étaient autorisés s'ils le souhaitaient à conserver leur précédent système de couverture ⁽³⁹⁷⁾ et étaient donc exemptés des souscriptions obligatoires de la caisse de retraite de Basse-Saxe.

⁽³⁹⁵⁾ Sachs-Osterloh, *Grundgesetz*, 4^e éd., 2007, article 3, Rn 71: tous les types de discriminations à rebours peuvent être contestées grâce à la clause d'égalité de traitement de l'article 3, paragraphe 1, de la loi constitutionnelle; comparer également A. Epiney, n° 55, p. 426 et suivantes.

⁽³⁹⁶⁾ Aktenzeichen 7 A 5226/06 = *MedR* 2009, 43, réédité in *ZESAR*, 2009, avec une note d'E. Eichenhofer.

⁽³⁹⁷⁾ Selon le règlement (CEE) n° 1408/71, la souscription obligatoire à un régime régional de sécurité sociale est également applicable dans les affaires européennes transfrontalières.

Pour la Cour, aucune justification ne pouvait expliquer pourquoi les dentistes s'installant en Basse-Saxe pouvaient être favorisés dans l'organisation de leur protection contre les risques de vieillesse et d'invalidité s'ils provenaient d'un autre pays que l'Allemagne (d'un autre État membre) plutôt que du pays même! La Cour a donc statué: «Si le droit communautaire demande de gérer une affaire transfrontalière de façon spécifique, il revient exclusivement au droit constitutionnel (national) de décider si une affaire interne doit être ou ne pas être traitée comme une affaire internationale» ⁽³⁹⁸⁾. Et la Cour affirme que le droit communautaire ne peut pas être plus généreux que le droit international, sous peine de violation du principe d'égalité de traitement.

Si la conclusion fondée sur le principe nationalement accepté d'égalité de traitement est correcte, chaque différence de traitement doit être justifiée au regard de la loi constitutionnelle des États membres. Si le droit interne est moins favorable que le droit communautaire, cela générera des différences injustifiables entre les ressortissants nationaux et les étrangers ⁽³⁹⁹⁾. Si la loi constitutionnelle interprète une telle différence comme illégale et non avenue, alors la législation communautaire définit aussi des normes pour les lois internes correspondantes! Partant de ce raisonnement, la Cour constitutionnelle autrichienne ⁽⁴⁰⁰⁾, dans son interprétation de l'article 14 de la charte européenne des droits fondamentaux (qui interdit la discrimination dans l'attribution de droits fondamentaux à des individus, considérée comme une violation des garanties européennes et internationales de respect des droits de l'homme), affirme que les ressortissants de l'État compétent doivent être traités de façon au moins aussi favorable que les ressortissants d'autres États membres.

Ce principe va bien au-delà de la jurisprudence de la CJCE, selon laquelle le droit communautaire

⁽³⁹⁸⁾ Traduction de l'allemand vers l'anglais (E.E.) et le français.

⁽³⁹⁹⁾ A. Epiney, n° 56, p. 432 et suivantes.

⁽⁴⁰⁰⁾ VerfG EuGRZ 1997, 362.

autorise que des affaires internes et des affaires transfrontalières régies par le droit européen soient traitées de façon différente ⁽⁴⁰¹⁾. «Selon cette hypothèse, le droit communautaire déborde sur le droit national et dépasse ainsi sa propre sphère, qui est formellement et officiellement régie directement par le droit supranational!» Si le principe constitutionnel de protection de l'égalité doit être interprété dans la lignée du jugement de la Cour administrative d'Oldenburg, les directives établies par la législature européenne (ou la CJCE) ne définissent pas uniquement les règles à suivre pour le droit international. Ces règles doivent aussi être observées et respectées pour juger des affaires internes similaires.

En résumé, on peut déduire de cette réflexion qu'en vertu du principe d'égalité, c'est la règle de la loi la plus appropriée qui s'applique: le droit interne ne doit être respecté que s'il est en accord avec le droit européen. S'il est moins favorable, il est nul et non avenu. Toutefois, si le droit interne est plus avantageux pour l'individu que le droit international européen, c'est ce droit interne qui prévaut.

Certains discernent dans ce développement la réaction de la loi nationale à la clause de non-discrimination du droit européen (article 12 du traité CE) ⁽⁴⁰²⁾: si le traitement préjudiciable d'affaires transfrontalières par rapport à des affaires internes viole le droit communautaire et que le principe de la loi la plus favorable doit par conséquent être appliqué ⁽⁴⁰³⁾, on peut affirmer que ce même principe doit être appliqué à l'inverse, si l'affaire interne est traitée de façon moins favorable par le droit interne que par le droit transfrontalier. Que l'on se place d'un côté ou de l'autre, on constate l'apparition d'un effet d'harmonisation des solutions juridiques.

⁽⁴⁰¹⁾ CJCE, affaire 370/88, *Procurator Fiscal/Marshall*, 1990, Rec. p. I-4071.

⁽⁴⁰²⁾ E. Eichenhofer, n° 30, Tz 112 ff; U. Becker, «Die Bedeutung der gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote für die Gleichbehandlung on Sachverhalten im koordinierenden Sozialrecht», *VSSR* 2000, 221.

⁽⁴⁰³⁾ B. Schulte, «Supranationales Sozialrecht», dans U. Becker, B. Von Maydell et F. Ruland (eds), *Sozialrechtshandbuch*, 4^e éd., Baden-Baden, 2008, Rn. 33-38.

Mais ce principe n'est pas à l'abri de tout questionnement juridique ⁽⁴⁰⁴⁾. On peut en effet s'interroger sur la place laissée à la souveraineté nationale (protégée par le principe de subsidiarité), qui doit garantir les droits des États membres dans les sphères de législation laissées sous leur responsabilité et à leur discrétion. Dans les affaires sur le pouvoir fiscal des régions autonomes d'Espagne ⁽⁴⁰⁵⁾ en instance devant de la CJCE, il convient de déterminer dans quelle mesure la région autonome peut lever des impôts sur l'économie régionale et dans quelle mesure les communautés autonomes doivent atteindre des objectifs définis dans l'intérêt général de l'État central. Par ailleurs, en vertu de l'article 136 du traité CE, les États membres ont le droit de conserver leurs propres usages en matière de politique sociale.

Si la régionalisation de la protection sociale devient une tendance globale et que la «région-providence» remplace peu à peu l'État-providence ⁽⁴⁰⁶⁾, il semble évident que les régions doivent être suffisamment autonomes pour façonner leurs systèmes de protection sociale à leur convenance. Il semble donc globalement justifiable d'accepter des différences en termes de personnes prises en charge, de risques et de niveaux de prestations entre les régions. Car c'est là tout le sens de la régionalisation de la protection sociale: permettre ce type de différences dans les formes et les niveaux de protection. De telles différences doivent donc être respectées et acceptées tant par le droit national que par le droit communautaire. Mais l'autonomie régionale n'est pas une justification suffisante à l'exclusion des personnes qui étaient couvertes par un régime de protection sociale pour certains risques au titre de leur résidence dans une région et qui ne le sont plus parce qu'elles se sont déplacées dans une autre région du même État membre avant que ces risques ne soient vérifiés. Cette exclusion est contestable

⁽⁴⁰⁴⁾ A. Epiney, n° 55, p. 432 et suivantes et p. 470 et suivantes.

⁽⁴⁰⁵⁾ Voir les conclusions de l'avocat général, Juliane Kokott, présentées le 8 mai 2008 (affaire C-428/06, *UGT Risoja*).

⁽⁴⁰⁶⁾ M. Ferrera, *The Boundaries of Welfare. European Integration and the New Spatial Politics of Social Protection*, Oxford, 2005, p. 167 et suivantes.

dans la législation de l'État membre, qui permet aux régions de créer leurs propres systèmes de protection sociale dans le cadre de leur législation autonome. Parce que dans la mesure où la coordination des régimes de sécurité sociale en Europe relève de l'autorité supérieure de la CE, la coordination interrégionale de la protection sociale des régions revient à l'État membre. Ce dernier doit veiller à ce qu'entre les régions, les principes de respect mutuel et d'égalité de traitement soient protégés, en sachant que de ce dernier découle également le principe de non-discrimination des migrants interrégionaux. Ces principes doivent rester les clés de voûte du droit interrégional. L'argument selon lequel les régions sont libres de créer leurs systèmes de protection sociale n'est donc pas très solide si l'État membre lui-même ne peut conserver dans sa législation interne des lois moins favorables que celles du droit européen. Cette faille devient flagrante et évidente si un droit de sécurité sociale acquis est opposable au regard de la loi européenne, mais est totalement perdu dans le droit interne parce que les droits de sécurité sociale régionaux ne sont pas applicables sur le plan national. Un État-nation dans lequel un droit régional de sécurité sociale régional ne serait applicable que dans une région et non au-delà pourrait sembler être en état de sécession! Il serait en retard sur un statut d'intégration européenne déjà atteint par ailleurs, ce qui ne serait pas tolérable, tant au regard du droit interne que vis-à-vis du droit européen!

V. LOI EUROPÉENNE DE COORDINATION DES SYSTÈMES DE SÉCURITÉ SOCIALE ET POLITIQUE SOCIALE RÉGIONALE

A. Une solidarité à deux niveaux «divergents»?

Dans le débat sur les interconnexions entre les règlements de coordination de la CE et les systèmes de sécurité sociale régionaux, l'argument avancé

est que «la solidarité régionale et la solidarité nationale sont profondément différentes, tant dans le concept que dans les caractéristiques»⁽⁴⁰⁷⁾. La solidarité régionale doit-elle donc être considérée comme formellement distincte et séparée de la solidarité internationale?

Cette observation n'est pas fausse, mais elle est extrêmement vague et pourrait facilement donner naissance à des malentendus. Elle est vague, parce qu'elle ne précise pas sur quels aspects de la «solidarité» les différences entre les deux concepts se font sentir. Et elle peut facilement être mal comprise parce que la sécurité sociale régionale et la sécurité sociale internationale abordent la solidarité de façons différentes. Cette observation sur une solidarité à deux niveaux divergents, inscrite dans les lois régionales et internationales sur la sécurité sociale, ne fournit donc pas de réponse claire. Elle soulève plutôt deux questions beaucoup plus intéressantes. Premièrement, comment caractériser les différences entre la législation sur la sécurité sociale régionale et internationale (B)? Deuxièmement, comment toutes deux contribuent-elles à stimuler la solidarité (C)?

B. Droit matériel et droit de coordination

Concernant la première question, il est important de souligner les profondes différences structurelles qui existent entre le droit régional et le droit international sur la sécurité sociale. La législation régionale sur la sécurité sociale relève du droit national d'un État membre. Parce qu'elle se substitue à la législation nationale de cet État membre sur la sécurité sociale, elle a le même caractère légal que le droit sur la sécurité sociale fondé sur les conventions collectives des employeurs et des syndicats, qui pallient également les lacunes des systèmes nationaux de sécurité sociale, par exemple l'assu-

⁽⁴⁰⁷⁾ C'est dans ce sens que va la recommandation de P. Van Parijs, n° 29, 1998, p. 5: «De solidariteit tussen personen binnen een Volksgemeenschap moet strikt onderscheiden en gescheiden worden van de solidariteit binnen een internationale (of confederale) gemeenschap.»

rance chômage au Danemark ⁽⁴⁰⁸⁾ ou en France ⁽⁴⁰⁹⁾. Par conséquent, la première spécificité de la législation régionale sur la sécurité sociale est son rôle qui consiste à créer des règles matérielles qui définissent par exemple les personnes prises en charge, la base de cotisation et l'administration chargée d'en définir le taux et de la collecter et, enfin, la structure des prestations.

Du point de vue du droit de coordination communautaire, une branche régionale d'un système de sécurité sociale a le même statut juridique que d'autres branches des systèmes de sécurité sociale, privées ou issues de négociations collectives ⁽⁴¹⁰⁾. Conçues comme des éléments à part entière du système de sécurité sociale d'un État membre, les législations régionales correspondantes sont traitées dans le cadre du droit de coordination comme des éléments dépendants du droit de l'État membre sur la sécurité sociale, auquel les règlements de coordination doivent être appliqués sans la moindre restriction. Sans aucune exception, toutes les dispositions du droit de coordination communautaire sont pertinentes pour les branches régionales des systèmes de sécurité sociale, comme s'il s'agissait de la législation nationale. Ceci est évident car, dans le cas contraire, un État membre serait en mesure de se libérer des engagements que lui impose le droit de coordination communautaire en encourageant les réformes internes et en transférant les responsabilités nationales vers des entités publiques régionales. Le droit de coordination traite donc de façon identique toutes les formes de droit matériel d'un même État membre, quels que soient les différents modes d'élaboration et d'administration de la législation.

⁽⁴⁰⁸⁾ D. Pieters, *The Social Security Systems of the Member States of the European Union*, Anvers, 2002, 47, 51.

⁽⁴⁰⁹⁾ F. Kessler, *Droit de la protection sociale*, 2^e éd., Paris, 2005, p. 376 et suivantes.

⁽⁴¹⁰⁾ Qui sont en nombre croissant: S. Vansteenkiste, S. Devetzi et F. Goyens (ed.), *Private Partners in Social Insurance*, Louvain, 2001, avec des rapports sur l'Allemagne, la Belgique, la Grèce, la Hongrie, la Norvège, la République tchèque, les Pays-Bas et la Suède.

C. La solidarité dans le droit matériel et dans le droit de coordination

Toutes les branches matérielles et tous les systèmes de sécurité sociale, quels qu'ils soient, qu'ils soient gérés par un organisme national, régional ou professionnel (par exemple, s'il est fondé et administré par des partenaires sociaux), cherchent à établir et à approfondir la solidarité sociale entre les personnes qui en font partie. Chaque effort de création d'un système de sécurité sociale encourage la solidarité. Mais ce concept manque de composantes culturelles et émotionnelles. Ce n'est pas seulement un sentiment vague, amical et éphémère, mais une relation très forte fondée (avant tout) sur le versement d'argent à une institution, qui a le devoir de mener des actions d'assistance, essentiellement en distribuant cet argent aux «autres»! Selon la charte des droits fondamentaux de l'UE, la solidarité a joué un rôle officiel et étendu en tant que base de construction des droits sociaux fondamentaux des citoyens, reconnus dans toute l'UE ⁽⁴¹¹⁾.

Les régimes de sécurité sociale reposant tous sur un mécanisme de contribution-distribution (les prestations n'étant possible que si les «autres» ont au préalable contribué à l'institution), dans le contexte de la sécurité sociale, le terme «solidarité» est au premier chef un mécanisme financier permettant de gérer et de partager les risques sociaux encourus par la population active ou les résidents d'un territoire donné.

Au sein d'un État-nation, le système national de sécurité sociale aplanit les différences économiques et sociales régionales (qui existent dans tous les États membres) et répartissent la charge des risques sociaux. La «solidarité nationale» est empreinte d'une forte dimension régionale, dans le sens où les différentes évolutions économiques et sociales des différentes zones du pays sont envisagées comme les composantes du risque social, que les systèmes nationaux de sécurité sociale doivent gérer et

⁽⁴¹¹⁾ Chapitre IV, articles 27 à 36, de la charte des droits fondamentaux de l'UE.

garantir conjointement. L'Allemagne a fait cette expérience lors de son unification et des importants transferts organisés entre l'Ouest et l'Est afin d'établir des conditions de vie similaires dans l'ensemble du pays en matière de sécurité sociale.

La «solidarité régionale», souvent décrite comme une forme de solidarité plus «profonde» que la «solidarité nationale», représente un niveau de solidarité inférieur à sa forme nationale, car elle s'efforce de renforcer la situation économique de certaines régions en éliminant le poids du partage des risques subis par les régions économiquement et socialement moins favorisées. Le concept de solidarité régionale s'écarte donc de l'idée de «solidarité nationale». L'éventuel renforcement de la solidarité régionale est contrebalancé par le manque de «solidarité nationale».

L'idée de «solidarité» envisagée dans le système de sécurité sociale est dépourvue de tout romantisme. En tant que moyen financier de faire fonctionner un énorme dispositif d'attribution de droits et de distribution de revenus, elle n'est connue par la majorité des personnes couvertes et protégées que dans sa phase initiale de collecte des cotisations. Elle est donc aussi populaire que les services fiscaux! Le système dans son ensemble, en raison de sa technicité et de sa grande complexité, est beaucoup plus détesté qu'apprécié par le citoyen ordinaire. Du fait du raisonnement financier sur lequel s'appuie son fonctionnement (fondé sur une avance de fonds provisionnelle destinée à parer à un futur incertain, difficile à entrevoir pour un citoyen moyen) et du caractère hautement technique de ses dispositions, la sécurité sociale n'est associée par aucun de ses bénéficiaires à l'idée de confort ou de philanthropie. Par conséquent, même si la protection sociale est très bien organisée et adaptée aux besoins de chacun et qu'elle crée des liens de solidarité, le système est très rarement perçu comme un élément essentiel de la solidarité. On peut donc se demander s'il est possible d'affirmer catégoriquement que le système de sécurité sociale (même s'il est évidemment essentiel à ses bénéficiaires) sera un jour

considéré par tous comme une institution vouée au bien-être de chacun!

Quoi qu'il en soit, le droit de coordination des systèmes de sécurité sociale n'a pas pour objectif essentiel d'encourager la solidarité⁽⁴¹²⁾. Bien sûr, en tant que corollaire de la sécurité sociale matérielle, il doit remplir certaines fonctions supplémentaires qui seraient impossibles sans coordination (sans laquelle la protection sociale au sens large serait en danger). Sans coordination, la solidarité se retrouverait très certainement dans l'impasse. Mais pour l'analyse du droit de coordination communautaire qui nous occupe, le concept de solidarité n'a pas de valeur particulièrement édifiante. En effet, le droit international sur la sécurité sociale porte sur les dimensions techniques de base⁽⁴¹³⁾ des systèmes nationaux de sécurité sociale.

- En premier lieu, vient le simple fait qu'il existe de nombreux systèmes nationaux de sécurité sociale. Tant qu'ils sont administrés exclusivement par les États membres, chaque système peut très bien fonctionner dans un isolement total, sans rapport avec les autres systèmes. Le rôle le plus élémentaire et le plus important que le droit international doit jouer est donc d'aller au-delà de cette juxtaposition tacite d'autant de systèmes différents fonctionnant de façon isolée du reste du monde!
- En second lieu, ce fonctionnement en parallèle peut induire des problèmes de double protection ou de manque de protection, qui sont tous deux préjudiciables aux droits de sécurité sociale des individus. Les lois de coordination doivent trouver comment résoudre ces deux problèmes.

⁽⁴¹²⁾ R. Schuler, n° 31, p. 118 et suivantes, p. 198 et suivantes et p. 274 et suivantes, sur le rôle de la sécurité sociale internationale dans l'amélioration de la justice sociale.

⁽⁴¹³⁾ Chardon, n° 5, p. 47: «Les États membres jouent un rôle fondamental dans la concrétisation de la coordination: le respect des droits civils au quotidien doit reposer sur une coopération efficace des institutions de sécurité sociale des différents États membres. La coordination doit porter sur les rôles qui déterminent les droits des citoyens, mais elle consiste aussi en un ensemble de fonctions et de procédures permettant une coopération efficace entre les institutions des États membres»; F. Pennings, n° 2, p. 8 et suivantes.

- En troisième lieu, tant que les systèmes de sécurité sociale des États membres ne tiennent pas compte des autres, la protection sociale s'arrête aux frontières de l'État-nation compétent. Les migrants ne seraient pas acceptés, puisque les droits acquis dans un système ne seraient valides que dans celui-ci et n'auraient aucune valeur dans les autres.

L'objectif de la coordination n'est donc pas spécifiquement d'encourager la solidarité, de l'orienter ou de lui donner une intention. Son principal objectif est plutôt de mettre en relation les différents systèmes de sécurité sociale. Dans cet aspect, elle *contribue* à la solidarité sociale, mais la législation communautaire n'a pas pour objectif principal de *créer* de la solidarité sociale.

Dans le contexte de l'Europe, la coordination communautaire doit permettre l'émergence d'un «espace social européen» (Jacques Delors) qui ne doit pas être conçu comme un espace homogène où le droit social serait entièrement harmonisé, géré et mis en œuvre par la CE, mais plutôt comme un espace dans lequel les lois sur la sécurité sociale de tous les États membres seraient connectées, pour éviter les failles ou les doublons et faire en sorte que les droits de sécurité sociale soient applicables partout (en Europe), quelle que soit la législation nationale sur laquelle ils reposent. La coordination a pour vocation de *pallier* un *déficit* de solidarité, si l'on considère que l'*inclusion sociale* et l'*exclusion sociale* sont les deux faces de la même médaille. La coordination cherche donc essentiellement à surmonter les critères d'exclusivité inhérents à tous les dispositifs des États membres, organisés en complète autarcie, et à connecter chaque système aux systèmes correspondants de tous les autres États membres. Cet idéal contribuera en effet à améliorer la solidarité en Europe, non pas en enrichissant, ni en *approfondissant* la sécurité sociale, mais plutôt en l'*élargissant*.

D. Coordination communautaire et sécurité sociale régionale

De ces constatations, on peut déduire que les systèmes régionaux de sécurité sociale des États membres sont soumis à la législation de coordination de la CE et que, par conséquent, les branches régionales de ces systèmes doivent respecter toutes les dispositions de cette législation. Ceci est dû au fait que les systèmes régionaux remplacent les systèmes nationaux. En tant que tels, ils ont le même statut au regard de la législation de coordination que les systèmes de sécurité sociale issus de conventions collectives et reconnus comme des branches de sécurité sociale par cette législation de coordination communautaire en vertu de leur fonction de remplacement de branches nationales. Dans la mesure où aucun État membre ne peut se soustraire aux engagements édictés par la législation de coordination communautaire en transférant son pouvoir législatif à une région, investie elle-même d'un pouvoir législatif, la législation régionale doit impérativement coïncider avec la législation communautaire, qui est prédominante et contraignante pour l'État membre dont l'entité régionale fait partie intégrante, avec un pouvoir législatif globalement limité. Ainsi, la législation régionale peut elle aussi protéger les libertés fondamentales édictées par la législation communautaire en s'adaptant aux normes européennes établies.

Sur les affaires internes qui, de ce fait, ne relèvent pas du droit européen, la législation communautaire a un effet indirect par l'intermédiaire du droit constitutionnel de l'État membre. Ceci s'explique par le fait que la CE et tous les États membres se sont engagés à poursuivre les idéaux du marché unique, vers une société ouverte où la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux est garantie à tous les citoyens, sans aucune restriction illégale. Il apparaît donc clairement que la législation communautaire définit la voie à suivre en matière de circulation au sein d'un État membre: ce que l'Europe autorise ne peut pas

y être interdit! La norme européenne s'applique donc aussi à l'intérieur des pays par le biais de la loi constitutionnelle nationale ⁽⁴¹⁴⁾!

VI. CONCLUSION

La législation de coordination de la CE sur la sécurité sociale est un élément important de la législation européenne, car elle transforme l'Europe en un «espace social» unique en son genre. En effet, cet espace n'est pas le résultat de l'harmonisation européenne, mais celui de la coordination européenne des systèmes de sécurité sociale. L'exemple analysé montre précisément le rôle croissant de la législation communautaire dans l'organisation des modèles transnationaux de vie économique et, donc, de protection sociale ⁽⁴¹⁵⁾. La législation européenne devient un laboratoire des méthodes transnationales d'organisation de la protection sociale. Elle définit en effet des normes pour protéger la libre circulation et pour associer cette liberté à la protection des droits de sécurité sociale acquis.

Le thème abordé ici illustre de façon assez frappante comment les normes sociales du droit européen restent pertinentes au-delà de leur champ d'application, grâce au droit international et à la garantie d'égalité de traitement. Le pouvoir législatif des États membres dans le domaine de la sécurité sociale est respecté et protégé, et il en va de même pour celui des régions. Mais la législation nationale n'est plus l'instrument majeur de la législation sociale. Chaque acte de législation nationale peut être remplacé par un acte législatif régional, tous deux restant soumis aux lois européennes. Ceci est appréciable. Il est impossible d'ignorer la très lucide et convaincante observation de Thomas Mann, prix Nobel, dans un discours prononcé devant des travailleurs dans le quartier d'Ottakring à Vienne en 1932. Observant l'histoire, il a souligné: «Nous devons être conscients que la nation n'est pas le premier échelon, et ne sera donc pas le dernier. C'est une étape vers de plus grandes unités et de plus grands rassemblements. Elle est à mi-parcours entre la tribu et les perspectives européennes» ⁽⁴¹⁶⁾!

⁽⁴¹⁴⁾ C'est dans ce sens que vont également les conclusions de l'avocat général, Eleanor Sharpston, présentées le 28 juin 2007, dans l'affaire C-212/06, points 118 et suivants.

⁽⁴¹⁵⁾ E. Eichenhofer, *Geschichte des Sozialstaats in Europa*, Munich, 2007, p. 155 et suivantes.

⁽⁴¹⁶⁾ T. Mann, «Rede vor Arbeitern in Wien» (1932), in ders., *Von Deutscher Republik*, Francfort-sur-le-Main, 1984, 344, 360: «zu erkennen, dass die Nation weder etwas Erstes noch darum etwas Letztes ist. Sie ist eine Stufe zu größeren Zusammenfassungen, sie liegt auf dem Wege vom Stamm und Landschaft zu Europa!»

LA MISE EN ŒUVRE DES RÈGLES DE COORDINATION POUR LES MESURES RELEVANT DE LA POLITIQUE ACTIVE DU MARCHÉ DU TRAVAIL À L'ÉCHELLE NATIONALE



Maximilian Fuchs
Université d'Ingolstadt (Allemagne)

Né en 1950, Maximilian Fuchs a étudié le droit à l'université de Ratisbonne, où il a obtenu son doctorat en 1979. De 1977 à 1979, il est assistant à la faculté de droit de l'université de Ratisbonne. En 1980, il devient membre distingué de l'Institut Max Planck de droit social étranger et international à Munich. De 1983 à 1999, il est professeur de droit à l'université de Bamberg. En 1990, il obtient son habilitation à l'université de Munich. Il a enseigné à l'université d'Erlangen-Nuremberg et depuis 1993, il est professeur de droit civil, de droit du travail et de droit social européens et allemands à la faculté d'économie de l'université catholique d'Eichstätt-Ingolstadt. De 1999 à 2003, il est professeur invité aux universités Tor Vergata de Rome, de Bolzano, de Trente, à l'université Pazmany de Budapest et à l'université de Catane, où il enseigne le droit du travail européen. Il est le corédacteur de la revue spécialisée en droit social et droit du travail européen, *Zeitschrift für Europäisches Sozial- und Arbeitsrecht* (ZESAR) et partenaire du Centre d'excellence «The Design of Efficient Labour Market Institutions in Europe» à l'université de Trèves (*).

I. LE RISQUE DE CHÔMAGE, OBJET DE RÉGLEMENTATION DU DROIT EUROPÉEN

Dans les sociétés modernes, la perception d'un revenu par le biais du travail (salarié, indépendant) revêt un caractère crucial. L'absence de travail représente en revanche une menace existentielle. Outre les risques classiques qui représentent des menaces similaires, comme la maladie, les accidents, le handicap et l'âge, la sécurité sociale a donc dû étendre sa vision du risque social à l'absence de travail et prévoir des mécanismes de protection en la matière. De nombreux systèmes nationaux ont précisément vu le jour en réponse à des crises économiques majeures ⁽⁴¹⁷⁾.

Face au chômage massif persistant en Europe, le législateur européen a également voulu apporter sa contribution à la lutte contre le risque de chômage, et ce à différents échelons ⁽⁴¹⁸⁾. Depuis le début de l'unification européenne et l'entrée en vigueur des traités de Rome, le législateur européen avait à cœur de mettre sur pied, outre les marchés du travail nationaux qu'il entendait toujours conserver, un marché du travail européen. L'instauration de la libre circulation des travailleurs a constitué une base juridique fondamentale dans cette perspective ⁽⁴¹⁹⁾. C'est pourquoi l'article 39 du traité CE garantit la libre circulation entre les États membres en vue d'y chercher et d'y exercer un travail. Le règlement (CEE) n° 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs a donc conféré une

(*) Cette contribution a été traduite à partir de la version allemande originale.

⁽⁴¹⁷⁾ La crise économique mondiale actuelle illustre particulièrement bien cette problématique. Peut-être les adversaires de l'assurance chômage prennent-ils aujourd'hui conscience de la nécessité de mettre sur pied des systèmes de protection, dans la mesure où ils représentent un facteur essentiel de la demande intérieure.

⁽⁴¹⁸⁾ Dans le domaine du droit du travail européen, citons la directive 98/59/CE relative aux licenciements collectifs ou la directive 2001/23/CE relative aux transferts d'entreprises.

⁽⁴¹⁹⁾ Concernant ce contexte historique, voir M. Fuchs et F. Marhold, *Europäisches Arbeitsrecht*, 2^e éd., Vienne, Springer, 2006, p. 3 et suivantes.

dimension européenne au travail ⁽⁴²⁰⁾. La mise en place d'un instrument de coordination inscrit dans les règles relatives à la libre circulation des travailleurs, par le biais de l'article 51 du traité CEE, a illustré le fait que le fonctionnement d'un tel échange de main-d'œuvre international représentait aussi un problème ayant trait à la sécurité sociale. Les règlements de coordination, le règlement n° 3, puis le règlement (CEE) n° 1408/71 établis sur cette base, portaient également sur des prestations de chômage.

Les prestations de la politique active du marché du travail doivent également s'intégrer dans ce système de coordination. La politique active du marché du travail représente une réorientation stratégique de la politique du marché du travail. Avant d'apporter des réponses appropriées sur le plan de la coordination, il faut tout d'abord analyser et présenter le statu quo de la coordination des prestations de chômage. Nous devons ensuite nous demander quels sont les éléments essentiels et novateurs de la politique active du marché du travail et quel effet a exercé cette conception politique sur l'aménagement des prestations de chômage. Forts de cette perspective, nous pourrions ensuite déterminer le contexte approprié pour la coordination.

II. LE SYSTÈME DE COORDINATION DES PRESTATIONS DE CHÔMAGE

Les éléments ci-après fournissent une représentation concise des règles de coordination et principes qui régissent les prestations de chômage. Ils doivent ensuite servir à mettre en lumière les défis auxquels est exposé le système de coordination à la suite du réaménagement des prestations de chômage au niveau national, sous l'effet des stratégies de politique active du marché du travail. Cette question initiale soulève une série de problèmes.

Pour l'essentiel, il s'agit d'examiner si les prestations concernées relèvent du champ d'application concret du règlement (CEE) n° 1408/71 ou, dans un proche avenir, du règlement (CE) n° 883/2004 et, dans l'affirmative, dans quelle catégorie de prestations il convient de les classer au sein dudit champ d'application concret. Cet examen soulève immanquablement d'autres questions sur la mise en œuvre des mécanismes de coordination sur ces prestations. C'est notamment le cas de la question de l'exportation des prestations.

A. Le champ d'application matériel des prestations de chômage

Le champ d'application concret ⁽⁴²¹⁾ des prestations de chômage est défini à l'article 4, paragraphe 1, point g), du règlement (CEE) n° 1408/71 ⁽⁴²²⁾. À l'instar de toutes les autres prestations de sécurité sociale, une prestation de chômage doit remplir les caractéristiques propres à la définition de la sécurité sociale, conformément à l'article 4, paragraphe 1, point g), du règlement (CEE) n° 1408/71 ⁽⁴²³⁾. Selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, la distinction entre les prestations exclues du champ d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 et celles qui en font partie dépend essentiellement de la nature des prestations respectives, en particulier de leur objectif et de leurs conditions d'octroi, et non de leur appartenance ou non à la sécurité sociale au regard du droit national ⁽⁴²⁴⁾. Une prestation peut donc être considérée comme relevant de la sécurité sociale dans la mesure où, premièrement, la prestation en cause est octroyée, en dehors de toute appréciation individuelle discrétionnaire des besoins personnels, aux bénéficiaires sur la base d'une situation légalement définie et où, deuxièmement, elle se rapporte

⁽⁴²⁰⁾ Voir les articles 13 et suivants du règlement (CEE) n° 1612/68.

⁽⁴²¹⁾ Concernant le champ d'application personnel des prestations de chômage, voir M. Fuchs dans M. Fuchs (ed.), *Europäisches Sozialrecht*, 4^e éd., Baden-Baden, Nomos, 2005, Introduction, point 43.

⁽⁴²²⁾ Article 3, paragraphe 1, point h), du règlement (CE) n° 883/2004.

⁽⁴²³⁾ Pour obtenir des informations détaillées à ce sujet, voir M. Fuchs dans M. Fuchs (ed.), *Europäisches Sozialrecht*, 4^e éd., Baden-Baden, Nomos, 2005, article 4, paragraphe 7 et suivants.

⁽⁴²⁴⁾ CJCE, affaire 249/83, Hoeckx, 1985, Rec. p. 973, point 11; affaire C-111/91, Commission/Luxembourg, 1993, Rec. p. I-817, point 28.

à un des risques énumérés expressément à l'article 4, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 1408/71 ⁽⁴²⁵⁾. Outre ces critères généraux d'appartenance à un système de sécurité sociale, il convient ensuite d'établir les caractéristiques spécifiques d'une prestation de chômage. Pour ce faire, il convient de s'appuyer sur la jurisprudence de la CJCE en la matière, qui a défini le profil des prestations de chômage dans une série d'arrêts ⁽⁴²⁶⁾.

La CJCE a étudié la mise en œuvre de ces principes dans une série d'arrêts. Ainsi, pour être qualifiée de prestation de chômage, une prestation doit être destinée à remplacer le salaire perdu en raison du chômage afin de subvenir à l'entretien du travailleur en état de chômage ⁽⁴²⁷⁾. Ces caractéristiques inhérentes aux prestations, qui ont également été reprises dans la littérature juridique ⁽⁴²⁸⁾ ont servi d'orientation à la Cour de justice et à la pratique juridique dans des affaires complexes ayant trait à la distinction de prestations. Il convient à cet égard de mettre en évidence deux arrêts phares, car, d'une part, ils révèlent les difficultés de distinction éventuelles et, d'autre part, ils indiquent également la voie à suivre en vue d'une solution. À ce stade, il convient également de souligner que ces arrêts revêtent un caractère essentiel pour la suite de cet exposé, car les situations rencontrées se déroulent dans des domaines liés aux prestations de la politique active du marché du travail.

Dans l'affaire *Otte* ⁽⁴²⁹⁾, la CJCE devait examiner une prestation de droit allemand prévue pour les travailleurs âgés des mines houillères qui avaient été licenciés en raison d'une mesure de fermeture ou de rationalisation. Pour faire valoir ce droit, la personne concernée devait avoir été active dans l'ex-

ploitation houillère allemande au moins pendant les deux années précédant son licenciement et, au moment de son licenciement, devait avoir accompli une période d'assurance d'au moins 180 mois, dans des conditions normales. Pour des raisons indépendantes de sa volonté, elle avait en outre dû être licenciée dans le cadre d'une mesure de fermeture ou de rationalisation approuvée par le ministère fédéral de l'économie. De plus, elle devait remplir les conditions requises pour la perception d'une allocation de retraite au plus tard cinq ans à compter du jour de son licenciement.

L'objet du litige consistait à déterminer s'il s'agissait, en raison de certaines similitudes, de prestations de vieillesse — visées à l'article 4, paragraphe 1, point c), du règlement (CEE) n° 1408/71 —, de prestations de chômage ou encore de prestations de retraite anticipée. Le gouvernement allemand s'était notamment exprimé en faveur de la classification au titre de prestation de retraite anticipée, compte tenu des objectifs visés en matière de politique de l'emploi ⁽⁴³⁰⁾. La CJCE a retenu la classification au titre de prestation de chômage, et non de prestation de vieillesse comme le prônait la Commission. La CJCE a pu rejeter l'appartenance aux prestations de vieillesse sur la base d'arguments solides, compte tenu de l'objectif de la prestation ⁽⁴³¹⁾. La non-classification au titre de prestations de chômage s'appuie sur une justification instructive ⁽⁴³²⁾. Si l'on s'attache uniquement aux termes du texte délivré par la CJCE dans des arrêts précédents pour classer les prestations (voir ci-dessus), on peut indubitablement conclure à la qualification de prestation de chômage. En effet, la prestation a été octroyée en présence de chômage et avait pour but de garantir la subsistance du bénéficiaire. Toutefois, si nous examinons la justifi-

⁽⁴²⁵⁾ CJCE, affaire C-66/92, Acciardi, 1993, Rec. p. I-4567, point 14.

⁽⁴²⁶⁾ À ce sujet, voir U. Rönberg, *Die gemeinschaftsrechtliche Koordinierung von Leistungen bei Arbeitslosigkeit. Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und ihre Reformbedürftigkeit*, Herbolzheim, Centaurus, 2006, p. 36 et suivantes.

⁽⁴²⁷⁾ CJCE, affaire C-102/91, Knoch, 1992, Rec. p. I-4341, point 44; affaire C-57/96, Meints, 1997, Rec. p. I-6708, point 27.

⁽⁴²⁸⁾ Voir E. Eichenhofer, *Sozialrecht der Europäischen Union*, 3^e éd., Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2006, point 259.

⁽⁴²⁹⁾ CJCE, affaire C-25/95, Otte, 1996, Rec. p. I-3745.

⁽⁴³⁰⁾ À ce jour, les prestations de retraite anticipée ne sont pas intégrées explicitement dans le champ d'application concret. En 1996, la Commission avait formulé une proposition en faveur des personnes ayant droit aux prestations de retraite anticipée, pour prendre en considération les caractéristiques spécifiques des prestations telles que celles en cause, voir JO C 62, p. 14. Les règles relatives à la retraite anticipée sont désormais intégrées via l'article 3, paragraphe 1, point i), du règlement (CE) n° 883/2004.

⁽⁴³¹⁾ CJCE, affaire C-25/95, Otte, 1996, Rec. p. I-3745, point 34.

⁽⁴³²⁾ CJCE, affaire C-25/95, Otte, 1996, Rec. p. I-3745, points 36 et 37.

cation concrète de la Cour de justice, il s'avère que cet objectif à lui seul s'avère insuffisant pour déterminer la classification de la prestation. La Cour de justice met l'accent sur le fait que le montant de la prime de restructuration est calculé selon les dispositions qui régissent les pensions de vieillesse, que le bénéficiaire de la prime n'est pas obligé de s'inscrire comme demandeur d'emploi, ni de se tenir à la disposition du marché du travail, ni de s'abstenir d'exercer une activité salariée ou indépendante dont les revenus dépassent un certain plafond. En outre, la Cour de justice renvoie à l'exposé de l'avocat général, qui a souligné l'objectif poursuivi par la prime en matière de politique d'emploi, à savoir soustraire les travailleurs licenciés au domaine de l'assurance chômage, entre autres.

Sur la base de l'arrêt *Otte*, nous pouvons dès lors conclure que la classification au titre de prestation de chômage nécessite non seulement la garantie de la fonction, de l'allocation de remplacement de revenu à cause du chômage et de la subsistance, mais aussi la présence des caractéristiques classiques donnant droit à une prestation de chômage en vertu du droit national. La CJCE s'appuie vraisemblablement sur une structure précise d'octroi des prestations de chômage, ce qui ne signifie pas qu'il faille toujours remplir toutes les caractéristiques prévues dans la législation nationale.

Cette vision de la CJCE dans l'arrêt de l'affaire *Otte* est corroborée par l'arrêt ultérieur rendu dans l'affaire *Meints* ⁽⁴³³⁾. Cette dernière concernait le versement, sous certaines conditions, d'une indemnisation provenant d'un fonds pour les travailleurs du secteur agricole dont le contrat de travail avait été résilié en raison du retrait des terres de leur ancien employeur. Ces conditions stipulaient notamment que le travailleur devait avoir droit à une prestation en vertu de la loi relative au chômage. Il s'agissait d'une prestation unique dont le montant était exclusivement déterminé par l'âge du bénéficiaire. Si le bénéficiaire concluait un nouveau contrat de

travail avec son ancien employeur dans les douze mois à compter de la résiliation de son contrat de travail précédent, cette prestation devait être remboursée.

En l'espèce, la CJCE s'appuie une fois encore sur son orientation fondamentale selon laquelle les prestations de chômage ont pour vocation de remplacer le revenu du travail perdu en raison du chômage, en vue d'assurer la subsistance du travailleur sans emploi. Dans ce contexte, la CJCE analyse les conditions régissant l'octroi des prestations, comme précédemment dans l'affaire *Otte*. Au final, la non-classification au titre de prestation de chômage repose sur quatre points. Aux yeux de la CJCE, les éléments décisifs à cet égard sont les suivants ⁽⁴³⁴⁾. Le bénéficiaire doit rembourser la prestation s'il conclut un nouveau contrat de travail avec son ancien employeur dans les douze mois. Ni l'origine, ni le montant de la prestation ne dépendent de la durée du chômage. La prestation en question n'est pas payée régulièrement, mais une seule fois. Le montant dépend uniquement de l'âge du demandeur et, enfin, la prestation est octroyée en complément des prestations de chômage prévues dans la législation nationale en matière de sécurité sociale, le droit aux prestations de chômage étant une condition *sine qua non* à son octroi. Dès lors, nous pouvons ici aussi conclure que la classification d'une prestation au titre de prestation de chômage nécessite non seulement de déterminer si elle vise à remplacer le revenu, mais aussi si elle présente les caractéristiques spécifiques d'une prestation de chômage.

L'arrêt rendu dans l'affaire *De Cuyper* ⁽⁴³⁵⁾ permet de mieux cerner la jurisprudence de la CJCE préconisée ici. Cette décision revêt un caractère essentiel dans la mesure où elle contient déjà certains aspects qui joueront un rôle majeur dans la suite du présent exposé. Cette affaire concernait une prestation au regard de l'arrêté royal belge portant régle-

⁽⁴³³⁾ CJCE, affaire C-57/96, *Meints*, 1997, Rec. p. I-6708.

⁽⁴³⁴⁾ CJCE, affaire C-57/96, *Meints*, 1997, Rec. p. I-6708, points 29-32.

⁽⁴³⁵⁾ CJCE, affaire C-406/04, *De Cuyper*, 2006, Rec. p. I-6947.

mentation du chômage. Concrètement, une disposition de cet arrêté prévoyait qu'un chômeur complet âgé d'au moins 50 ans, qui a perçu à une certaine fréquence une prestation de chômeur complet au cours des deux dernières années précédant sa demande peut être dispensé de pointage, si bien qu'il n'est plus obligé d'être disponible sur le marché du travail et d'accepter tout emploi convenable, de se présenter au service de placement ou de participer à un plan d'accompagnement, ni de s'inscrire comme demandeur d'emploi. Toutefois, la perception de ladite prestation était incompatible avec l'exercice d'une activité rémunérée et était limitée dans le temps.

La CJCE a conclu à l'existence d'une prestation de chômage. Comme dans les arrêts précédents, la Cour de justice a ici aussi examiné en détail les conditions régissant l'octroi de la prestation. Il s'agissait d'une allocation de chômage typique, du point de vue de l'objectif visé comme de la nature des conditions. La question était de savoir comment considérer l'abandon d'une caractéristique typique, à savoir la disponibilité du chômeur. La Cour de justice a estimé que l'exemption de cette obligation n'altérerait en rien les principales caractéristiques d'une prestation de chômage. À titre de justification, la Cour de justice avance que l'octroi de cette dispense ne signifie pas que le chômeur est exempté de l'obligation de se tenir à la disposition de l'agence pour l'emploi. En effet, même s'il est libéré de l'obligation de s'inscrire comme demandeur d'emploi et d'accepter tout travail convenable, il est toujours tenu de rester à la disposition de cette agence aux fins de contrôle de sa situation professionnelle et familiale. Toutefois, cette justification n'est pas convaincante. De fait, la disponibilité pour le marché du travail représente un critère essentiel pour justifier l'octroi d'une allocation de chômage dans tous les États membres. Peut-être peut-on toutefois justifier la position de la CJCE par le fait que la prestation belge en question n'est pas un cas isolé à l'échelle européenne. Des dispositions analogues existent dans les lois sur les prestations de chômage dans d'autres pays. Ainsi,

l'article 428, paragraphe 1, du livre III du code allemand de la sécurité sociale III (SGB III) prévoit l'octroi d'allocations de chômage aux travailleurs qui ont 58 ans révolus et ce, même s'ils ne sont pas disposés à travailler et n'utilisent ou ne veulent utiliser toutes les possibilités existantes pour mettre un terme à leur inactivité. Aux yeux du législateur, cette réglementation repose sur le fait qu'après avoir atteint l'âge de 58 ans, toute réinsertion dans la vie active n'est plus envisageable en règle générale ⁽⁴³⁶⁾. Concrètement, il s'agit toutefois, en fait, d'une prestation de retraite anticipée.

L'affaire Jörn Petersen ⁽⁴³⁷⁾ reposait sur un cas de figure important susceptible de jouer un rôle dans d'autres pays à l'avenir. Jörn Petersen, un ressortissant allemand, était salarié en Autriche. Il a formulé une demande de pension d'incapacité de travail auprès de la caisse de retraite autrichienne. Le droit autrichien (article 23, LAC) prévoit, pendant la période de traitement de la demande de pension, l'octroi provisionnel d'une allocation de chômage ou d'une aide d'urgence si les conditions de délivrance de ces prestations sont remplies, à l'exception des conditions d'aptitude au travail, de volonté de travailler et de disponibilité pour le marché du travail. Cette avance avait été accordée au plaignant, M. Petersen. Toutefois, lorsque M. Petersen a déménagé en Allemagne, l'octroi de la prestation a été annulé. S'il s'était agi d'une prestation d'invalidité au sens de l'article 4, paragraphe 1, point b), du règlement (CEE) n° 1408/71, la clause de résidence autrichienne n'aurait pu empêcher l'exportation des prestations conformément à l'article 10, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 1408/71.

Concernant les critères de classification, la Cour de justice renvoie à des jugements antérieurs ⁽⁴³⁸⁾, selon lesquels des prestations de sécurité sociale doivent être considérées, indépendamment des

⁽⁴³⁶⁾ Voir Winkler dans Gagel, *SGB III Arbeitsförderung*, Munich, C. H. Beck Publishers, 2006, article 428, point 2.

⁽⁴³⁷⁾ CJCE, affaire C-228/07, Petersen, arrêt du 11 septembre 2008 non encore publié au Recueil.

⁽⁴³⁸⁾ CJCE, affaire 171/82, Valentini, 1983, Rec. p. 2157, point 13; affaire C-406/04, De Cuyper, 2006, Rec. p. I-6947, point 25.

caractéristiques propres aux différentes législations nationales, comme étant de même nature lorsque leur objet et leur finalité, ainsi que leur la base de calcul et leurs conditions d'octroi sont identiques. Pour justifier sa position, la CJCE a repris les critères qu'elle avait élaborés dans des arrêts qu'elle venait de rendre. Elle prend essentiellement en considération le profil de la prestation, c'est-à-dire les conditions d'octroi et la base de calcul. Le fait que la prestation s'adresse un chômeur qui ne dispose d'aucun revenu, si bien que des ressources financières doivent lui être fournies, aurait fondamentalement permis une classification au titre de prestation d'invalidité comme de chômage. La Cour de justice cherche d'abord à connaître les conditions d'octroi et les bases de calcul afin de disposer des outils de base pour procéder à la classification. L'essentiel est que toutes les conditions donnant droit à des prestations de chômage doivent être remplies, même si l'on renonce au facteur de disponibilité. Toutefois, la prestation vise explicitement à maintenir son bénéficiaire sur le marché du travail pendant la phase d'incertitude quant à l'octroi de la prestation d'invalidité, afin d'empêcher qu'il éprouve davantage de difficultés à accéder ultérieurement au marché du travail dans l'éventualité où la demande de prestation pour incapacité de travail serait refusée. La prestation provisionnelle est calculée selon les mêmes dispositions que la prestation de chômage. De même, elle est octroyée par l'autorité responsable du paiement de l'allocation de chômage. L'une des caractéristiques fondamentales d'une prestation de chômage réside également dans le fait que son versement est interrompu dès que le travailleur exerce une activité rémunérée. Autant d'éléments qui mènent à la conclusion que la prestation vise essentiellement à remplacer la rémunération du travail perdue en raison du chômage et est donc destinée à la subsistance du travailleur sans emploi.

B. Prestations de soutien

Les exemples précités tirés de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes

ont révélé que les cas litigieux proviennent généralement du domaine des prestations en espèces. Sur le plan historique, les prestations en espèces ont d'abord joué un rôle majeur dans le domaine des systèmes de protection contre le risque de chômage. Au fil du temps, les États membres ont toutefois considérablement étendu l'éventail des prestations d'aide en tout genre. Or, ces dernières jouent un rôle particulier à l'égard des mesures de la politique active du marché du travail. Car, comme nous le démontrerons, la politique active du marché du travail vise précisément à éviter que des personnes s'enlisent dans le chômage à cause du versement de prestations en espèces. Au contraire, elles doivent être associées à des mesures actives. C'est pourquoi il convient d'accorder une attention particulière à cette question.

Pour autant que nous puissions en juger, seul un arrêt de la CJCE concerne cette problématique à ce jour, en l'occurrence celui de l'affaire Campana ⁽⁴³⁹⁾. Cet arrêt n'apporte certes aucune information exhaustive sur la question abordée ici, mais il contient certaines informations très importantes. Concrètement, il s'agissait d'un demandeur de nationalité italienne qui travaillait en République fédérale d'Allemagne et participait à un stage en vue d'obtenir une maîtrise en technique radiophonique et télévisuelle. Il a sollicité la prise en charge des coûts de ce stage. En vertu du droit allemand, les actifs occupés avaient également droit à ces prestations si, pendant une certaine période avant l'instauration de cette mesure, ils avaient eu un rapport d'assurance contributif ⁽⁴⁴⁰⁾. Cet arrêt est surtout important dans la mesure où un cas de chômage ne s'est pas présenté dans une situation concrète. C'est pourquoi l'avocat avait commencé ses conclusions en demandant si des prestations au sens de l'article 4, paragraphe 1, point g), du règlement (CEE) n° 1408/71 pouvaient également être des prestations de nature préventive qui visent à empêcher le début du chômage ⁽⁴⁴¹⁾.

⁽⁴³⁹⁾ CJCE, affaire 375/85, Campana, 1986, Rec. p. 2387.

⁽⁴⁴⁰⁾ Article 46, paragraphe 1, AFG a.F., actuellement articles 77 et suivants du SGB III.

⁽⁴⁴¹⁾ Voir les conclusions, Rec. p. 2395, 2397, 1987.

L'avocat général a souligné le fait qu'à l'époque déjà (1985!), une tendance à lutte contre le risque de chômage se profilait déjà, même par le biais de mesures préventives.

La Cour de justice a repris cette idée dans son arrêt. Elle observe que «dans le contexte de la situation économique actuelle, les États membres ont développé des mesures d'aide à la formation professionnelle qui visent à permettre, tout à la fois, aux travailleurs en activité d'améliorer leur qualification en vue d'échapper à la menace du chômage et aux travailleurs en chômage de se reconverter et de se réinsérer dans la vie active. Ces deux catégories de prestations visent l'une et l'autre à lutter contre le chômage» ⁽⁴⁴²⁾. Pour également prendre en considération les idées émises par la République fédérale d'Allemagne, selon lesquelles notamment les prestations d'aide à la formation professionnelle servaient également d'autres desseins que la lutte contre le chômage, la CJCE a restreint son avis. Il convient de réserver la qualification de prestations de chômage au sens de l'article 4, paragraphe 1, point g), du règlement (CEE) n° 1408/71 aux seules prestations d'aide à la formation professionnelle qui concernent soit des travailleurs déjà au chômage, soit des travailleurs qui sont encore en activité, mais qui se trouvent sous le coup d'une menace concrète de chômage. Il appartient aux autorités nationales d'apprécier si le travailleur en activité peut être considéré comme étant sous le coup d'une menace concrète de chômage ⁽⁴⁴³⁾.

C. Prestations en espèces non contributives

Comme nous le montrerons ultérieurement, les prestations en espèces non contributives jouent un rôle essentiel dans le cadre de la politique active du marché du travail. Dès lors, il importe d'exposer, ici aussi, les bases législatives et théoriques de ce type de prestation. Ceci doit s'effectuer dans le contexte

suivant. La structure actuelle de l'article 4 du règlement (CEE) n° 1408/71 ⁽⁴⁴⁴⁾ rappelle essentiellement la jurisprudence de la CJCE ⁽⁴⁴⁵⁾. Dans ce contexte, il apparaît intéressant de mettre en évidence l'arrêt rendu par la CJCE dans l'affaire Hoeckx ⁽⁴⁴⁶⁾. La plaignante, Vera Hoeckx, une ressortissante néerlandaise, vivait en Belgique, où elle percevait des prestations de chômage. Elle a déménagé temporairement en France, où elle a continué de percevoir son allocation de chômage. Lorsqu'elle est retournée après quelque temps en Belgique, elle n'avait plus droit aux allocations de chômage. Elle a donc demandé une aide à la subsistance, qui lui a été refusée. Pour comprendre la décision de la CJCE, il faut savoir qu'en vertu du droit belge, cette prestation est conditionnée par l'indigence du bénéficiaire, qui doit en outre prouver sa disponibilité à l'égard du marché du travail. De plus, il a été établi que les ressortissants de la CE ont droit à une aide à la subsistance s'ils ont effectivement séjourné en Belgique pendant au moins les cinq dernières années qui précèdent le moment de l'octroi de cette aide. Il est clair que la réglementation belge était manifestement en contradiction avec l'article 3 du règlement (CEE) n° 1408/71 et l'interdiction de discrimination qui y figure. Toutefois, cet aspect aurait uniquement été pertinent si la prestation en question avait été une prestation au sens de l'article 4, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 1408/71.

En réponse à cette question, la CJCE renvoie d'abord à sa jurisprudence constante, selon laquelle la distinction entre prestations exclues du champ d'application du règlement et prestations qui en relèvent repose essentiellement sur les éléments constitutifs de chaque prestation, notamment ses finalités et ses conditions d'octroi et non pas sur le fait qu'une prestation est qualifiée ou non par une législation nationale comme prestation de sécurité sociale. Parallèlement, la Cour de justice souligne la

⁽⁴⁴²⁾ CJCE, affaire 375/85, Campana, 1986, Rec. p. 2387, point 9.

⁽⁴⁴³⁾ CJCE, affaire 375/85, Campana, 1986, Rec. p. 2387, points 12 et 13.

⁽⁴⁴⁴⁾ À l'avenir, cette structure découlera des articles 3 et 70 du règlement (CE) n° 883/2004.

⁽⁴⁴⁵⁾ Pour obtenir des informations détaillées à ce sujet, voir M. Fuchs dans M. Fuchs (ed.), *Europäisches Sozialrecht*, 4^e éd., Baden-Baden, Nomos, 2005, article 4, points 25 et suivants.

⁽⁴⁴⁶⁾ CJCE, affaire 249/83, Hoeckx, 1985, Rec. p. 973.

possibilité que, en raison de son champ d'application personnel, de ses objectifs et de ses modalités d'application, une législation nationale s'apparente simultanément à l'une et l'autre catégories, échappant ainsi à toute classification globale.

La CJCE reconnaît également la présence d'un genre de prestations hybrides. Dès lors, celles-ci sont occasionnellement qualifiées comme telles (*hybrid benefits*) ⁽⁴⁴⁷⁾. Ces prestations hybrides affichent simultanément des caractéristiques fondamentales de l'aide sociale et de la sécurité sociale. En 1985, en raison de la situation juridique de l'époque, la CJCE a dû faire un choix entre l'appartenance à l'un ou l'autre système. Si elle s'était prononcée en faveur l'aide sociale, le champ d'application matériel concret du règlement (CEE) n° 1408/71 n'aurait pas existé — article 4, paragraphe 4, du règlement (CEE) n° 1408/71. Dans sa justification, la CJCE a avancé comme critère de classification déterminant que pour relever du domaine de la sécurité sociale visé par le règlement (CEE) n° 1408/71, une législation doit, en tout cas, remplir, entre autres, la condition de se rapporter à un des risques énumérés expressément à l'article 4, paragraphe 1, dudit règlement. La CJCE ne se prononce pas à ce sujet dans sa décision. Le refus de considérer qu'il s'agit sur ce point d'une branche de la sécurité sociale repose essentiellement sur les réflexions qui soulignent les caractéristiques de la prestation la classant au rang d'aide sociale. Les déclarations de la CJCE revêtent ici une importance absolument fondamentale, d'où la nécessité de les citer littéralement ci-après ⁽⁴⁴⁸⁾:

«Il ressort du dossier que le minimex est caractérisé par le fait que, d'une part, il confère aux bénéficiaires une position légalement définie, et que, d'autre part, il est reconnu à toute personne dont les ressources sont insuffisantes et qui ne peut se les procurer soit par ses efforts personnels, soit par d'autres moyens (article 3 de la loi belge), retenant ainsi le besoin comme critère essentiel

d'application et faisant abstraction de toute exigence relative à des périodes d'activité professionnelle, de cotisation ou d'affiliation à un quelconque organisme de sécurité sociale destiné à couvrir un risque particulier. Le bénéficiaire doit uniquement apporter la preuve qu'il est disposé à être mis au travail, sauf incapacité liée à son état de santé ou raisons sociales impérieuses. De plus, il a l'obligation de faire valoir ses droits à prestations sociales, voire ses droits alimentaires, si le centre public d'aide sociale l'estime nécessaire.»

Par la suite, la CJCE a dû rendre une multitude d'autres arrêts qui concernaient, en substance, de telles prestations hybrides ⁽⁴⁴⁹⁾.

Comme chacun le sait, la jurisprudence de la CJCE, ainsi que les incertitudes qui ont persisté ultérieurement dans l'application du droit, ont poussé le législateur européen à codifier la jurisprudence de la CJCE, et ce via le règlement (CEE) n° 1247/72 ⁽⁴⁵⁰⁾. Ce qui a entraîné l'introduction d'un paragraphe 2, point a), à l'article 4 du règlement (CEE) n° 1408/71. Par le biais du règlement (CE) n° 647/2005 ⁽⁴⁵¹⁾, l'article 4, paragraphe 2, point a), du règlement (CEE) n° 1408/71 a revêtu sa forme actuelle ⁽⁴⁵²⁾. L'énumération de ces prestations à l'annexe II *bis* ⁽⁴⁵³⁾ constitue un facteur décisif. Cette inscription est de nature constitutive.

D. L'exportation des prestations de chômage

L'article 4, paragraphe 2, point a), du règlement (CEE) n° 1408/71 est en étroite relation avec l'ar-

⁽⁴⁴⁷⁾ Voir F. Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, 4^e éd., Anvers/Oxford/New York, Intersentia, 2003, p. 69 et suivantes.

⁽⁴⁴⁸⁾ CJCE, affaire 249/83, Hoeckx, 1985, Rec. p. 973, point 13.

⁽⁴⁴⁹⁾ Citons notamment les arrêts de la CJCE dans l'affaire 1/72, Frille, 1972, Rec. p. 475, l'affaire 24/74, BIASON, 1974, Rec. p. 999, l'affaire C-78/91, Hughes, 1992, Rec. p. I-4859, l'affaire C-6/92, Acciardi, 1993, Rec. p. I-4591, l'affaire C-20/96, Snares, 1997, Rec. p. I-6082, l'affaire C-297/96, Partridge, 1998, Rec. p. I-3467 et l'affaire C-90/97, Swadling, 1999, Rec. p. I-1075.

⁽⁴⁵⁰⁾ Voir le règlement (CE) n° 1247/92 du Conseil du 30 avril 1992 modifiant le règlement (CEE) n° 1408/71 du 30 avril 1992, JO L 136 du 19.5.1992.

⁽⁴⁵¹⁾ Voir JO L 117 du 4.5.2005.

⁽⁴⁵²⁾ L'article 70 du règlement (CE) n° 883/2004 a repris cette définition.

⁽⁴⁵³⁾ Les auteurs des règlements communautaires ont été amenés à intégrer cette caractéristique en raison des arrêts de la CJCE dans les affaires C-215/99, Jauch, 2001, Rec. p. I-1901, et C-43/99, Leclere, 2001, Rec. p. I-4265. À ce sujet, voir aussi le point 3 du préambule du règlement (CE) n° 647/2005.

ticle 10, point a), du règlement (CEE) n° 1408/71 ⁽⁴⁵⁴⁾. Le principe de l'exportation des prestations défini à l'article 42 du traité CE et mis en œuvre à l'article 10 du règlement (CEE) n° 1408/71 ⁽⁴⁵⁵⁾ fait l'objet d'une restriction significative dans le cadre des prestations en espèces non contributives. Ces prestations se caractérisent par le fait que du point de vue de la motivation législative, elles entretiennent une forte relation avec les différentes politiques sociales nationales. C'est pourquoi les législations nationales font régulièrement du lieu de résidence un élément justificatif des prestations. La jurisprudence de la CJCE, qui a été contrainte d'emprunter une voie intermédiaire dans la classification des prestations classiques de sécurité sociale — article 4, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 1408/71 — et des systèmes d'aide sociale — article 4, paragraphe 4, du règlement (CEE) n° 1408/71 —, a finalement mené à l'intégration des prestations en espèces non contributives dans la coordination du droit social. Toutefois, les États membres de l'Union européenne ne l'entendaient pas de cette oreille. Par le biais du règlement (CE) n° 1247/92 ⁽⁴⁵⁶⁾, le législateur européen a décidé d'exclure ce type de prestations en espèces de la coordination illimitée de l'article 10, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 1408/71. L'article 10, point a), du règlement (CEE) n° 1408/71 indique la compétence juridique exclusive de l'État membre de résidence où la prestation est délivrée, à condition que cette dernière figure à l'annexe II *bis*. Pour leur part, les prestations de chômage ne relèvent de toute façon pas de l'interdiction générale d'exportation de l'article 10 du règlement (CEE) n° 1408/71. La suppression de la clause de résidence de l'article 10 du règlement (CEE) n° 1408/71 concerne uniquement les prestations qui y sont explicitement citées. La non-intégration des prestations de chômage est compréhensible à la lumière des prescriptions de coordination énoncées à l'article 67 et suivants du règlement (CEE) n° 1408/71 ⁽⁴⁵⁷⁾. L'article 69 du

règlement (CEE) n° 1408/71 indique clairement que toute exportation des prestations sera uniquement possible sous les conditions qui y sont citées et dans des circonstances très limitées. L'article 71 du règlement (CEE) n° 1408/71 représente une base supplémentaire pour l'octroi international de prestations de chômage.

En raison de cette situation juridique explicite, le transfert des prestations de chômage dans un autre pays opéré uniquement sur cette base représentait une pratique juridique incontestée. Toutefois, il était à prévoir qu'un jour la CJCE serait chargée d'une affaire qui donnerait lieu à la confrontation du droit de coordination existant avec les prescriptions relatives à la liberté de circulation (articles 18 et suivants du traité CE). Comme chacun le sait, la CJCE a également instrumentalisé le droit de libre circulation de l'article 18 pour le domaine de la sécurité sociale ⁽⁴⁵⁸⁾, à commencer par l'affaire Martínez Sala ⁽⁴⁵⁹⁾.

C'est pourquoi, le fait que ces principes influenceraient également un jour la coordination des prestations de chômage n'avait rien de surprenant. Ceci a eu lieu pour la première fois avec le cas déjà cité dans l'affaire De Cuyper ⁽⁴⁶⁰⁾. Le plaignant, de nationalité belge, s'était vu refuser la prestation de chômage car il résidait en France. En se référant à la jurisprudence antérieure, la CJCE constate qu'une telle réglementation nationale, qui désavantage certains ressortissants nationaux du seul fait qu'ils ont exercé leur liberté de circuler et de séjourner dans un autre État membre, constitue une restriction des libertés reconnues par l'article 18 du traité CE à tout citoyen de l'Union ⁽⁴⁶¹⁾. Au regard du droit communautaire, une telle restriction ne peut être justifiée que si elle se fonde sur des considérations objectives d'intérêt général indépendantes de la nationalité des personnes concernées et si elle est

⁽⁴⁵⁴⁾ À l'avenir l'article 70, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 883/2004.

⁽⁴⁵⁵⁾ À l'avenir l'article 7 du règlement (CE) n° 883/2004.

⁽⁴⁵⁶⁾ Voir point C ci-dessus.

⁽⁴⁵⁷⁾ À l'avenir les articles 61 et suivants du règlement (CE) n° 883/2004.

⁽⁴⁵⁸⁾ Voir à ce sujet E. Eichenhofer, *Sozialrecht der Europäischen Union*, 3^e éd., Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2006, points 334 et suivants.

⁽⁴⁵⁹⁾ CJCE, affaire C-85/96, Martínez Sala, 1998, Rec. p. I-2691.

⁽⁴⁶⁰⁾ Voir point A ci-dessus.

⁽⁴⁶¹⁾ CJCE, affaire C-406/04, De Cuyper, 2006, Rec. p. I-6947, point 39.

proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national ⁽⁴⁶²⁾. Ceci donne lieu à l'ouverture du schéma de vérification généralement mis en place par la CJCE en présence d'une violation des libertés fondamentales. Pour être justifiée, une intervention doit reposer sur des considérations objectives à l'égard de l'intérêt général indépendantes de la nationalité de la personne concernée, et la mesure doit être proportionnelle. La CJCE approuve ces conditions en l'espèce. Elle souligne que l'efficacité des mesures de contrôle qui servent à vérifier la situation familiale du chômeur concerné et la présence éventuelle de sources de revenu non déclarées par ses soins continue de reposer sur le fait, à quelques détails près, que le contrôle s'effectue de manière inattendue et puisse être réalisé sur place, étant donné que les services compétents doivent être en mesure de vérifier la concordance entre les données du chômeur et les rapports effectifs qu'il entretient. Il convient également de prendre en considération le fait que le contrôle à effectuer à l'égard des prestations de chômage présente un caractère spécifique qui justifie l'aménagement de mécanismes décisifs tels qu'ils existent pour le contrôle d'autres prestations.

Le résultat peut satisfaire, mais pas la justification. Les doutes émis quant à la conformité de cette décision résultent autant du texte de l'article 18 du traité CE et de sa genèse que de la méthodologie des bases juridiques en matière de droit social coordonné à l'échelle communautaire. Ces doutes doivent être abordés à la lumière des éléments suivants. En règle générale, la législation nationale en matière de promotion du travail prévoit uniquement l'octroi de prestations de chômage en cas de résidence ou de séjour dans le pays où sont délivrées les prestations ⁽⁴⁶³⁾. Le principe de territorialité ⁽⁴⁶⁴⁾ qui y est énoncé ne peut être maintenu compte tenu de la règle prévue à l'article 42 du traité CE.

Cette prescription du traité CE exige en principe le paiement de la prestation sans prise en considération du domicile. L'article 42 du traité CE n'exige toutefois aucune mise en œuvre du principe d'exportation sans restrictions. En revanche, il exige l'instauration des mesures nécessaires à la liberté de circulation. Le législateur européen a opté pour un aménagement différencié de la délivrance internationale de prestations de chômage ⁽⁴⁶⁵⁾. Il a exclu une mise en œuvre générale de l'exportation des prestations via la non-intégration des prestations de chômage à l'article 10. En revanche, une exportation des prestations devrait uniquement être possible dans le cadre des articles 69 et 71 du règlement (CEE) n° 1408/71. Les limitations et restrictions actuelles de la liberté de circulation établies par l'article 69 ont fréquemment été critiquées ⁽⁴⁶⁶⁾. En revanche, l'extension du délai de trois mois a reçu un accueil favorable ⁽⁴⁶⁷⁾. Une extension a également été envisagée dans le cadre de la refonte du droit de coordination via le règlement (CE) n° 883/2004. Toutefois, ces propositions ont uniquement trouvé un écho limité auprès des auteurs des règlements communautaires ⁽⁴⁶⁸⁾.

Dans ce contexte, il convient de se demander si les prescriptions de coordination de l'article 67 et suivants du règlement (CEE) n° 1408/71 satisfont aux exigences des dispositions relatives à la liberté de circulation des travailleurs (article 39 et suivants du traité CE). Il a toujours été souligné, à juste titre, que le droit social européen coordonné constitue un pendant de la liberté de circulation des travailleurs. C'est pourquoi un auteur allemand a établi le concept de droit social spécifique à la liberté de cir-

⁽⁴⁶²⁾ CJCE, affaire C-406/04, De Cuyper, 2006, Rec. p. I-6947, point 40.

⁽⁴⁶³⁾ À ce sujet, voir F. Warnecke, *Koordinierendes Arbeitsförderungsrecht und Freizügigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 1995, p. 25 et suivantes.

⁽⁴⁶⁴⁾ Pour connaître la signification du principe de territorialité en droit social international, voir M. Fuchs et U. Preis, *Sozialversicherungsrecht*, 2^e éd., Cologne, Otto Schmidt Verlag, 2009, article 61 II.

⁽⁴⁶⁵⁾ Voir concernant la différenciation entre le principe d'exportation et d'intégration R. Langer, dans M. Fuchs (ed.), *Europäisches Sozialrecht*, 4^e éd., Baden-Baden, Nomos, 2005, article 42 du traité CE, points 20 et suivants.

⁽⁴⁶⁶⁾ Voir les interventions de E. Eichenhofer et A. Gagel dans B. Schulte et H. Zacher (eds), *Wechselwirkungen zwischen dem Europäischen Sozialrecht und dem Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, Duncker and Humblot, 1991, p. 189 et suivantes.

⁽⁴⁶⁷⁾ La proposition a également été diffusée par la Commission, voir B. Karl, «Neuerungen in der Koordinierung des europäischen Arbeitslosenversicherungsrechts», dans F. Marhold (ed.), *Das neue Sozialrecht der EU*, Vienne, Linde, 2005, p. 47.

⁽⁴⁶⁸⁾ Voir article 64 du règlement (CE) n° 883/2004 (possibilité d'extension à six mois).

culatation ⁽⁴⁶⁹⁾. En outre, le fait que l'article 42 du traité CE contienne la base d'habilitation des actes juridiques communautaires en matière de coordination de la sécurité sociale illustre la relation systématique avec le droit de libre circulation des travailleurs. C'est pourquoi dans leur critique formulée à l'encontre des règles de coordination existantes des prestations de chômage, les auteurs concernés déploraient notamment le non-respect de la liberté de circulation. Cette critique s'adressait non seulement à l'article 69, mais aussi aux dispositions de l'article 67, paragraphe 3, du règlement (CEE) n° 1408/71 ⁽⁴⁷⁰⁾. La CJCE avait déjà dû affronter ce type d'arguments assez tôt. La décision rendue dans l'affaire Testa est devenue révélatrice de sa position ⁽⁴⁷¹⁾. La CJCE indique ⁽⁴⁷²⁾ que l'article 69 du règlement (CEE) n° 1408/71 représente une prescription favorable à la liberté de circulation qui supplante partiellement l'orientation territoriale du droit national ⁽⁴⁷³⁾. Le travailleur est investi du droit fondamental de se rendre dans un autre État membre pour y chercher un emploi tout en conservant des prestations de chômage. Le fait que l'article 69, paragraphe 2, limite ce droit dans le temps et le conditionne à la satisfaction de certaines conditions ne pose aucun risque. L'article 42 du traité CE n'interdit pas au législateur communautaire de conditionner les avantages accordés en vue de la concrétisation de la liberté de circulation des travailleurs et de fixer leurs limites. La CJCE a souligné cette conception juridique dans des décisions ultérieures ⁽⁴⁷⁴⁾. On a donc parlé à juste titre d'une jurisprudence constante de la CJCE, par laquelle elle a jugé la compatibilité des règles de coordination des prestations de chômage ⁽⁴⁷⁵⁾.

Dans ce contexte, le fait que la CJCE, malgré cette jurisprudence constante, voie dans l'affaire De Cuyper une violation de l'article 18 du traité CE suscite l'incompréhension. L'approche méthodologique adoptée par la CJCE doit être rejetée pour deux raisons. Les règles relatives à la libre circulation des travailleurs (article 39 et suivants du traité CE) sont réputées *lex specialis* par rapport aux règles spécifiques relatives à la liberté de circulation de la CE. Il a été souligné à juste titre que l'article 18 vise la protection de la liberté en tant que telle, et non la mobilité de facteurs de production et d'acteurs économiques. C'est pourquoi le droit dérivé de l'article 18 du traité CE est déterminant si le citoyen de l'Union veut se déplacer et s'établir librement au sein de l'Union européenne sans motif économique. Dans la mesure où l'on envisage la liberté de mouvement et de séjour dans des perspectives économiques, les prescriptions sur la liberté de circulation des travailleurs, la liberté d'établissement et la liberté de prestation de services sont déterminantes au titre de normes spéciales ⁽⁴⁷⁶⁾. En aucun cas l'article 18 du traité CE n'aurait donc dû être pris comme critère de vérification.

Même la mise en œuvre de l'article 18 du traité CE impose la vérification du droit de liberté de circulation qui y est énoncé au sens strict du texte de l'article 18. L'article 18, paragraphe 1, du traité CE établit le droit de liberté de circulation sous la réserve expresse des restrictions et conditions prévues dans ce traité et dans ses dispositions exécutoires, dont font indéniablement partie l'article 42 du traité CE et le règlement (CEE) n° 1408/71 établi sur cette base. Étant donné que le règlement (CEE) n° 1408/71, comme le souligne la CJCE elle-même, a jugé le droit de coordination des prestations de chômage expressément conforme au droit communautaire, il est incontestablement établi qu'un droit plus étendu ne peut être octroyé à un citoyen de l'Union en vertu de l'article 18, paragraphe 1 du traité CE.

⁽⁴⁶⁹⁾ Voir R. Schuler, *Das Internationale Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, Nomos, 1988, p. 277.

⁽⁴⁷⁰⁾ E. Eichenhofer, «Freizügigkeit und Europäisches Arbeitsförderungsrecht», ZIAS, 1991, p. 161 et suivantes.

⁽⁴⁷¹⁾ CJCE, affaire 41/79, Testa, 1980, Rec. p. 1979.

⁽⁴⁷²⁾ Comme précédemment dans l'arrêt de l'affaire 139/78, Coccioni, 1979, Rec. p. 991.

⁽⁴⁷³⁾ CJCE, affaire 41/79, Testa, 1980, Rec. p. 1979, points 17 et suivants.

⁽⁴⁷⁴⁾ Voir CJCE, affaire C-272/90, van Noorden, 1991, Rec. p. I-2543, affaire C-62/71, Gray, 1992, Rec. p. I-2737, et affaire C-215/00, Rydbergard, 2002, Rec. p. I-1817.

⁽⁴⁷⁵⁾ Voir E. Eichenhofer, *Sozialrecht der Europäischen Union*, 3^e éd., Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2006, p. 161.

⁽⁴⁷⁶⁾ À ce sujet, voir A. Hatje dans J. Schwarze (ed.), *EU-Kommentar*, 2^e éd., 2009, article 18 du traité CE point 18; W. Kluth dans C. Callies et M. Ruffert, *EUV/EGV*, 3^e éd., Munich, C. H. Beck Verlag, 2007, article 18 du traité CE, point 16, et C. Becker, «Freizügigkeit in der EU. Auf dem Weg vom Begleitrecht zur Bürgerfreiheit», *EuR*, 1999, 522, 532.

Ceci ne signifie pas que les dispositions qui limitent la liberté de circulation, qu'il s'agisse de la législation nationale ou du règlement (CEE) n° 1408/71, ne pourraient être soumises à une vérification sur la base de l'article 39 et suivants du traité CE. Comme nous l'avons déjà indiqué à plusieurs reprises dans cet exposé, le droit de coordination de la sécurité sociale fait partie intégrante du droit de libre circulation des travailleurs prévu à l'article 39 et suivants du traité CE. Dès lors, il doit également maintenir sa cohérence interne avec ce domaine de réglementation. On peut dès lors se demander si le règlement (CEE) n° 1408/71 ⁽⁴⁷⁷⁾ a utilisé de manière appropriée l'autorisation mentionnée à l'article 42 du traité CE ⁽⁴⁷⁸⁾.

Dans l'affaire Petersen, la CJCE n'a pas vérifié le droit de coordination des prestations de chômage tel que prévu dans le règlement (CEE) n° 1408/71 par rapport à l'article 39 du traité CE, mais la clause de résidence du droit autrichien. L'argumentation de la CJCE à ce sujet était la suivante ⁽⁴⁷⁹⁾. Il est constaté que l'article 10, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 1408/71 ne prescrit pas une exportation des prestations de chômage. Les conditions régissant l'exportation de prestations au sens des articles 69 et 71 du règlement (CEE) n° 1408/71 n'étaient pas réunies. À ce stade, la CJCE abandonne l'argumentation relative au droit de coordination et se tourne vers la vérification de la clause de résidence en vertu du droit autrichien. Le règlement (CEE) n° 1408/71 n'aurait, selon elle, créé aucun système commun de sécurité sociale, mais aurait permis l'existence de systèmes nationaux propres et aurait visé la coordination des systèmes nationaux. À défaut d'une harmonisation au niveau communautaire, les États membres seraient certes encore responsables de l'aménagement de leurs systèmes de sécurité sociale, mais ils devraient ce faisant respecter le

droit communautaire, en particulier les dispositions du traité CE sur la libre circulation des travailleurs. L'objectif poursuivi par les articles 39 à 42 du traité CE serait manqué si les travailleurs qui ont exercé leur droit de liberté de circulation perdaient des avantages de la sécurité sociale qui leur sont garantis par la législation nationale d'un État membre, en particulier si ces avantages représentent la contrepartie pour les cotisations qu'ils ont versées. Une telle conséquence pourrait en effet empêcher un travailleur communautaire d'exercer son droit de liberté de circulation, et restreindrait ainsi cette liberté.

La CJCE opte donc pour la vérification de l'exigence de résidence en vertu du droit autrichien. La CJCE y voit une forme voilée de discrimination au sens de l'article 39, paragraphe 2, du traité CE, étant donné l'absence d'une justification objective. En particulier, le gouvernement autrichien n'aurait présenté aucune justification. On peut adhérer à ce résultat, mais pas à la justification avancée. Il aurait d'abord fallu vérifier si l'article 69 ne permettait pas aussi une perception de la prestation du demandeur en Allemagne. En vertu des conditions prévues à l'article 69, paragraphe 1, le demandeur aurait aussi eu droit à des prestations en espèces pendant au moins trois mois en Allemagne. Le fait que le demandeur a non seulement séjourné en Allemagne, mais y a aussi établi sa résidence n'exclut par la mise en œuvre de l'article 69 du règlement (CEE) n° 1408/71 ⁽⁴⁸⁰⁾. Étant donné que le demandeur s'était déjà inscrit comme demandeur d'emploi auprès de l'agence pour l'emploi quatre semaines après le début du chômage et qu'il s'était mis à sa disposition, le seul motif invoqué pouvait concerner l'inscription auprès de l'agence pour l'emploi en Allemagne. On prétend tout simplement, au détriment du demandeur, qu'il ne l'aurait pas fait. En vertu du droit autrichien, la question ne concernait pas du tout la capacité de travail, la volonté de travailler et la disponibilité pour le marché du travail. Dès lors, on ne peut non plus exiger

⁽⁴⁷⁷⁾ Il en va naturellement de même pour le futur règlement (CE) n° 883/2004.

⁽⁴⁷⁸⁾ L'arrêt de la CJCE dans l'affaire Vougioukas (CJCE, affaire C-443/93, Vougioukas, 1995, Rec. p. I-4052), représente l'un des exemples les plus connus d'une telle vérification.

⁽⁴⁷⁹⁾ Concernant le raisonnement, voir CJCE, affaire C-228/07, Petersen, points 37 et suivants.

⁽⁴⁸⁰⁾ À ce sujet, voir E. Eichenhofer dans M. Fuchs (ed.), *Europäisches Sozialrecht*, 4^e éd., Baden-Baden, Nomos, 2005, article 69, point 2.

de manière sensée le respect de l'article 69, paragraphe 1, point b), du règlement (CEE) n° 1408/71. Une simple interprétation permettrait déjà d'atteindre ce résultat. Toutefois, une telle interprétation serait certainement jugée contraire à l'article 39 du traité CE. Les prescriptions du droit communautaire doivent également être interprétées à la lumière des libertés fondamentales. En l'espèce, se focaliser sur l'exigence de résidence constituerait une interprétation contraire à la liberté de circulation de l'article 69, qui ne serait nullement justifiée. Par conséquent, le droit aux prestations aurait déjà dû être approuvé en Allemagne au niveau du droit de coordination, tout du moins pour les trois premiers mois.

Le même raisonnement doit valoir pour la durée limite de trois mois prévue au point c). Tant que la rente n'est pas payée par la caisse de retraite, le paiement de la prestation de chômage doit se poursuivre.

On peut rétorquer qu'au final, cette solution aboutit au même résultat. La solution privilégiée en l'espèce repose sur le fait qu'il n'est pas admissible de faire fi de la définition claire de l'exportabilité des prestations de chômage telle que prévue à l'article 69 et suivants du règlement (CEE) n° 1408/71 en imposant des solutions qui s'écartent de la législation nationale via la mise en œuvre des prescriptions relatives à la liberté de circulation.

III. LA POLITIQUE ACTIVE DU MARCHÉ DU TRAVAIL

Au cours de la seconde moitié des années 90, nous avons assisté à une réorientation, d'abord théorique puis pratique, de l'intervention publique sur le marché du travail. De manière générale, ces nouveaux concepts sont regroupés sous le terme de politique active du marché du travail. Les nouveaux concepts inhérents à la politique du marché du travail ont également entraîné, par la force des choses, une réorientation des prestations de chômage. Par

la suite, il convient dès lors de présenter les idées maîtresses de cette évolution et de mettre en évidence leurs effets sur l'aménagement des prestations de chômage. À la lumière de ces éléments, il sera ensuite possible d'examiner leur pertinence à l'égard du droit de coordination européen.

À ce titre, on peut d'abord se demander quels ont été les accomplissements de l'ancienne politique du marché du travail et quel effet elle a exercé sur l'aménagement des prestations de chômage. On pourrait qualifier l'ancien schéma de pensée comme une politique passive du marché du travail ⁽⁴⁸¹⁾. Occasionnellement, on parle d'ailleurs de prestations de chômage passives ⁽⁴⁸²⁾. L'ancienne manière de penser, et sa manifestation juridique dans la normalisation des conditions et contenus de l'allocation de chômage, se caractérise par la limitation à l'absence de contrat de travail et à la disponibilité du demandeur, des conditions qui, en présence des conditions inhérentes au droit d'assurance, ont automatiquement mené à l'octroi de prestations en espèces. Par cette affirmation, on n'occulte nullement le fait que par le passé, tous les États membres de l'Union européenne ont connu, à des degrés divers, des mesures d'aide complémentaires visant à permettre aux personnes concernées de réintégrer le marché du travail. Les deux évolutions suivantes ont joué un rôle décisif dans ce changement d'orientation: les stratégies de la politique européenne de l'emploi et la mise sur pied d'un *New Deal* dans la politique du marché du travail au Royaume-Uni.

A. La politique européenne de l'emploi

Au milieu des années 90, le chômage massif croissant en Europe avait amené les chefs de gouvernements à placer la politique de l'emploi au sommet de leurs priorités ⁽⁴⁸³⁾. Ces efforts ont débouché sur

⁽⁴⁸¹⁾ Voir J. R. Shackleton, «Britain's Labor Market Under the Blair Governments», *Journal of Labor Research*, 2007, 445 (469).

⁽⁴⁸²⁾ Voir notamment J. Münder, «Das SGB III. Die Grundsicherung für Arbeitsuchende», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, 3209 (3210).

⁽⁴⁸³⁾ Voir à ce sujet C. Barnard, *EC Employment Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 105 et suivantes.

l'insertion d'un nouveau titre VIII Emploi (articles 125-130 du traité CE) dans le traité d'Amsterdam ⁽⁴⁸⁴⁾. L'établissement des lignes directrices en matière de politique de l'emploi (article 128 du traité CE) revêt une importance particulière sur ce point de discussion. Avant même l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, le Conseil européen à Luxembourg a convenu des premières lignes directrices de la politique de l'emploi en 1997 ⁽⁴⁸⁵⁾. Depuis lors, la politique de l'emploi repose sur quatre piliers: améliorer la capacité d'insertion professionnelle, développer l'esprit d'entreprise, encourager la capacité d'adaptation des entreprises et de leurs travailleurs, renforcer les politiques d'égalité des chances entre femmes et hommes. En 2003, ces lignes directrices ont été révisées et reformulées ⁽⁴⁸⁶⁾. Ainsi le titre 1 mentionne pour la première fois la promotion des mesures actives et préventives pour les chômeurs et les inactifs. Sous ce titre, les États membres sont invités à veiller à ce que, à une étape précoce de leur période de chômage, les besoins de tous les demandeurs d'emplois soient rapidement identifiés et à ce que ces personnes bénéficient de services tels que conseils, orientation, aide à la recherche d'un emploi et plans d'action personnalisés. Compte tenu de l'identification susmentionnée, ils doivent offrir aux demandeurs d'emplois un accès à des mesures effectives et efficaces visant à améliorer leurs capacités et leurs chances d'insertion professionnelle, en accordant une attention particulière aux personnes qui sont confrontées aux difficultés les plus marquées sur le marché du travail. Ils doivent garantir que tous les chômeurs se voient offrir un nouveau départ avant le sixième mois de chômage pour les jeunes, et avant le douzième mois de chômage pour les adultes sous forme de formation, de reconversion, d'expérience professionnelle, d'emploi ou de toute autre mesure propre à favoriser son insertion professionnelle, combinée, le cas échéant, à une assistance perma-

nente en matière de recherche d'emploi. Le concept initial a ensuite été actualisé par le biais des lignes directrices intégrées pour la croissance et l'emploi (2005-2008) ⁽⁴⁸⁷⁾ et des nouvelles lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres.

B. La nouvelle approche du *welfare* au Royaume-Uni

Dans la foulée de son changement de gouvernement en 1997, la Grande-Bretagne a entrepris un concept de réforme absolument inédit de la politique sociale, qui fut baptisé *New Deal* en référence à la période de réformes du président américain Roosevelt ⁽⁴⁸⁸⁾. L'élément marquant est le passage à une nouvelle politique en remplaçant la question «What money can we pay you?» par la question «How can we help you become more independent?» ⁽⁴⁸⁹⁾. Ce passage *from welfare to work* est destiné à associer les droits à des responsabilités ⁽⁴⁹⁰⁾. En ce qui concerne la composante de cette nouvelle orientation politico-sociale relative à la politique du marché du travail, une attention majeure est accordée au rôle actif des personnes concernées, anciennement bénéficiaires de prestations passives. Cette attention se retrouve inmanquablement dans l'aménagement des conditions régissant les prestations de chômage, comme en témoignent clairement les prestations de chômage non contributives, subordonnées au revenu ⁽⁴⁹¹⁾. Deux nouveaux éléments tout à fait décisifs viennent désormais s'ajouter aux critères habituels de la disponibilité pour l'octroi de prestations de chômage: le demandeur doit lui-même participer activement

⁽⁴⁸⁴⁾ Voir à ce sujet E. Eichenhofer, *Geschichte des Sozialstaats in Europa*, Munich, C. H. Beck Verlag, 2007, p. 90 et suivantes.

⁽⁴⁸⁵⁾ Voir JO C 30 du 28.1.1998, p. 1.

⁽⁴⁸⁶⁾ JO L 197, p. 13.

⁽⁴⁸⁷⁾ COM(2005) 141 final.

⁽⁴⁸⁸⁾ Voir *A New Deal for Welfare: Empowering People to Work*, 1998. Zu einer theoretischen Grundlegung der neuen Politik s. A. Giddens, *The Third Way*, Oxford, Blackwell Publishers, 1998, p. 99 et suivantes.

⁽⁴⁸⁹⁾ *A New Contract for Welfare: Principles into Practice*, DSS, Cm 4101, 1998, p. 9. Voir à ce sujet K. Puttick, «2020: A Welfare Odyssey. A Commentary on Principles into Practice and the Reform Programme», *Industrial Law Journal*, 1999, p. 190 et suivantes.

⁽⁴⁹⁰⁾ Voir *A New Deal for Welfare: Empowering People to Work*, 1998, iv «Our approach has been based on the principle that the best welfare policy of all is work and throughout this process of reform we have sought to match rights with responsibilities.»

⁽⁴⁹¹⁾ «Income-based job seekers allowance», en détail Wikeley, Ogus et Barendt's, *The Law of Social Security*, 5^e éd., Londres, Butterworth, 2002, p. 336 et suivantes.

à la recherche d'un emploi et doit conclure avec les autorités compétentes un accord qui établit les différentes étapes de sa réinsertion dans la vie active (*job seeker's agreement*). Parallèlement, le gouvernement a aménagé de nombreux programmes pour accompagner ce processus via des mesures de formation, de formation continue et de création de possibilités de travail ⁽⁴⁹²⁾.

Le fait que le gouvernement britannique a accordé une valeur particulière à l'intégration des personnes handicapées sur le marché du travail revêt un caractère essentiel. C'est pourquoi la prestation en espèces en cas de handicap (*invalidity benefit*) a été reconfigurée. La raison de cette reconfiguration réside essentiellement dans le fait que le nombre de bénéficiaires de cette prestation avait connu, par le passé, une forte augmentation (de 700 000 en 1970 à 2 700 000 en 1998). La dernière étape de cette évolution est marquée par l'introduction d'une allocation d'emploi et de soutien [Employment and Support Allowance (ESA)] en 2008 ⁽⁴⁹³⁾. L'une des conditions essentielles qui conditionne l'octroi de la prestation concerne une incapacité ou une infirmité du demandeur qui rendrait déraisonnable le fait d'attendre de sa part l'exercice d'une activité au moment de la demande. Dans le souci d'exploiter la capacité potentielle de la personne concernée à exercer des activités professionnelles, même si elle est limitée, l'on procède à une vérification de la capacité à travailler (*work capability assessment*). Partant d'un examen de santé, on réalise un entretien détaillé avec le demandeur en vue de jauger ses possibilités, avant d'établir un plan d'action sur cette base. Si le demandeur refuse de contribuer à cette procédure, sa prestation est réduite. À partir de ce plan, on prévoit divers modes de formation, de formation professionnelle ou un emploi. Il existe deux types d'ESA, à savoir les prestations contributives (*contributory allowance*) et les prestations assujetties aux revenus de la personne

concernée (*income-related allowances*). Toutes les prestations analogues à ce jour sont supprimées (à l'exception des dispositions provisoires).

C. Prestations de la politique active du marché du travail en Allemagne

Les élans imprimés par la politique européenne de l'emploi, mais aussi dans une large mesure par la politique du *New Deal* introduite au Royaume-Uni, ont modifié le visage de la politique du marché du travail dans toute l'Europe, même si ce changement s'est manifesté de diverses manières dans les différents pays ⁽⁴⁹⁴⁾. La suite du présent exposé comprend une description de la dernière législation en vigueur en Allemagne. L'Allemagne a mené une politique active cohérente du marché du travail et a aménagé les prestations de chômage dans la droite ligne des idées précitées. La connaissance de cet éventail de prestations permet ensuite de formuler les questions et problèmes qui surviennent dans le cadre de la coordination du droit social européen et qui doivent être résolus. En l'espèce, la réglementation allemande sert uniquement à des fins de démonstration. Dans la mesure où d'autres pays possèdent des réglementations similaires, nous sommes confrontés à des problèmes similaires. En conséquence de quoi les réponses à apporter doivent être généralisables.

Depuis la fin des années 90, l'Allemagne a suivi une ligne claire en matière de politique active de marché du travail. Si le concept traditionnel de la protection en cas de chômage via des transferts n'a pas été supprimé malgré des ressources publiques à la baisse et des capacités de régulation limitées, il a été clairement refoulé. Les idées en provenance de la Grande-Bretagne, baptisée État facilitateur ⁽⁴⁹⁵⁾

⁽⁴⁹²⁾ Concernant ces activités, voir Shackleton, «Britain's Labour Market under the Blair Government», *Journal of Labour Research*, 2007, 445 (469).

⁽⁴⁹³⁾ The Employment and Support Allowance Regulations 2008 No. 794.

⁽⁴⁹⁴⁾ Voir concernant les différentes stratégies et contenus de la politique active du marché du travail dans les pays européens J. Kluwe e.a., *Active Labor Market Policies in Europe. Performance and Perspectives*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2007; W. Eichhorst et O. Kaufmann (eds), *Bringing the jobless into work?: Experiences with activation schemes in Europe and the US*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2008.

⁽⁴⁹⁵⁾ Concernant ce terme, voir M. Galuske et T. Rietzke, «Aktivierung und Ausgrenzung. Aktivierender Sozialstaat», dans R. Anhorn, F. Bettinger et J. Stehr (eds), *Sozialer Ausschluss und Soziale Arbeit*, 2^e éd., Wiesbaden, Verlag für Sozialwissenschaften, 2008, p. 399.

en Allemagne, ont gagné du terrain dans le débat politique et, en conséquence, dans la législation ⁽⁴⁹⁶⁾. Le premier signe visible de cette évolution a été la réforme du droit de promotion du travail en 1997. L'article 3, paragraphe 1, du SGB III ⁽⁴⁹⁷⁾ dresse la liste de toutes les prestations de promotion du travail. La loi utilise explicitement les termes prestations de la promotion active du travail. Il s'agit de toutes les prestations de promotion du travail, à l'exception des prestations de chômage et des prestations de chômage partiel ainsi que des prestations d'insolvabilité (article 3, paragraphe 4, du SGB III). L'article 5 du SGB III décrète la priorité de la promotion active du travail. Les prestations de promotion active du travail doivent être utilisées de manière à éviter, pas seulement à titre provisoire, les prestations de remplacement des prestations de chômage nécessaires dans d'autres circonstances, et à prévenir l'apparition du chômage de longue durée. Le législateur allemand a mis sur pied un deuxième système de promotion du travail, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005, en l'occurrence l'assurance de base pour les demandeurs d'emploi, établie par le SGB II ⁽⁴⁹⁸⁾. L'assurance de base pour les demandeurs d'emploi comprend des prestations destinées à l'arrêt ou la réduction de l'indigence, notamment via l'insertion:

- dans le monde du travail;
- en vue d'assurer la subsistance.

Le droit à ces prestations résulte de l'article 7 du SGB II. Le demandeur doit avoir entre 15 et 65 ans ⁽⁴⁹⁹⁾, être apte au travail et indigent, et avoir une résidence habituelle en Allemagne. Ces prestations sont non contributives, tandis que leur octroi est tributaire des revenus et du patrimoine ⁽⁵⁰⁰⁾.

⁽⁴⁹⁶⁾ Voir à ce sujet W. Spellbrink, «Ist die Beitragspflicht in der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung verfassungsrechtlich noch zu rechtfertigen?», *Juristenzeitung*, 2004, p. 538 et suivantes.

⁽⁴⁹⁷⁾ Le SGB III est le code de la sécurité sociale dans lequel est ancré le droit de la promotion du travail.

⁽⁴⁹⁸⁾ À ce sujet, voir J. Münder, «Die Grundsicherung für Arbeitsuchende», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, p. 3209 et suivantes.

⁽⁴⁹⁹⁾ Le relèvement de la limite d'âge dans l'assurance retraite augmente également ce plafond.

⁽⁵⁰⁰⁾ Pour la prise en considération du revenu et du patrimoine, voir articles 11 et suivants du SGB II.

Dans certaines conditions, il convient également d'avoir recours aux droits à une pension alimentaire. Les prestations prévues dans le SGB II sont de nature subsidiaire. Dans la mesure où des prestations existent selon les dispositions d'autres organismes de sécurité sociale, elles ont la priorité. Toutefois, ce principe ne s'applique pas, sauf quelques exceptions, dans le cas des prestations prévues dans le SGB III. En principe, les prestations prévues par ce code ne peuvent être fournies à des personnes au sens du SGB II.

Le nouveau système répond au principe du bâton et de la carotte (articles 2 et 14 SGB II). La personne indigente apte au travail doit collaborer activement à toutes les mesures visant son insertion professionnelle, notamment via la conclusion d'un accord d'insertion. Elle doit accepter tous les emplois disponibles sur le marché du travail. Si elle ne respecte pas ces obligations, elle est passible de sanctions pouvant aller jusqu'au retrait de la prestation. Le principe de la carotte signifie que l'organisme responsable doit soutenir pleinement la personne indigente en vue de son insertion professionnelle. Pour ce faire, l'agence pour l'emploi responsable doit désigner un interlocuteur individuel pour chaque personne indigente apte au travail. Les prestations d'insertion professionnelle correspondent à quelques détails près aux mesures prévues dans le SGB III. Une «prestation de chômage II» est prévue au titre de prestation en espèces pour assurer la subsistance ⁽⁵⁰¹⁾. Un montant mensuel de 345 euros est prévu pour les personnes isolées. Diverses circonstances peuvent toutefois mener à une augmentation de ce montant. De plus, un montant approprié est versé au demandeur pour les frais de logement, y compris le chauffage. Dans la mesure où la personne indigente apte au travail perçoit la prestation de chômage II dans les deux ans à compter de la fin de l'octroi de la prestation de chômage ⁽⁵⁰²⁾, elle reçoit pendant cette période

⁽⁵⁰¹⁾ Article 19 du SGB II. La désignation prestation de chômage II doit s'inscrire dans le contexte de l'octroi fondamental contributif de la prestation de chômage (pour ainsi dire la prestation de chômage I) conformément au SGB III.

⁽⁵⁰²⁾ C'est-à-dire la prestation selon le SGB III.

un supplément mensuel à cette prestation de chômage II ⁽⁵⁰³⁾.

La représentation précédente révèle l'apparition d'un deuxième système de promotion du travail bipolaire en République fédérale d'Allemagne. Globalement, il existe un système partiel ouvert aux travailleurs qui ont appartenu jusqu'ici au marché du travail et qui dès lors ont également payé des cotisations pour l'assurance chômage, mais sont toutefois sans emploi à l'heure actuelle. Ceux qui ne remplissent pas cette condition (c'est-à-dire ceux qui n'ont pas payé assez longtemps des cotisations à la sécurité sociale ou n'ont pas du tout travaillé) sont soumis à un système de prestations tributaire du revenu et du patrimoine.

Une telle différenciation du droit de promotion du travail est également courante dans beaucoup d'autres États membres de l'Union européenne ⁽⁵⁰⁴⁾. Dans la suite de cet exposé, il convient à présent d'examiner les conséquences qui résultent de tels systèmes différenciés de promotion active du marché du travail sur le plan de la coordination en matière de droit social au niveau européen.

L'article 8 du SGB III fournit une définition de l'aptitude au travail, selon laquelle celle-ci existe toujours même en présence d'une maladie ou un handicap si la personne concernée peut exercer une activité professionnelle au moins 3 heures par jour ⁽⁵⁰⁵⁾. Le parallèle avec l'évolution de la situation au Royaume-Uni est indéniable. Le législateur a volontairement choisi une définition de l'aptitude au travail assez vaste pour permettre à toutes les personnes qui ne sont pas totalement incapables de travailler de prendre part aux prestations d'insertion, afin qu'elles bénéficient aussi d'une possibilité d'intégration dans la vie active ⁽⁵⁰⁶⁾. L'idée de l'intégration sur le marché du travail et de l'exploit-

tation la plus étendue possible de l'activité potentielle constitue donc l'objectif premier de cette réglementation.

IV. CONSÉQUENCES POUR LE DROIT DE COORDINATION

Comme indiqué précédemment, les concepts modifiés de la politique du marché du travail et la mise sur pied d'une politique active du marché du travail ont exercé une influence fondamentale sur le droit des prestations de chômage. Ceci ne signifie toutefois pas que nous devons tabler sur un contexte juridique totalement inédit dans le cadre des systèmes de prestations. De nombreux éléments structurels des systèmes de prestations nationaux ont été conservés et renforcés. Pour ces domaines, la coordination se déroule comme à l'accoutumée. Toutefois, les prestations de chômage qui sont venues se greffer sur ces systèmes affichent un autre visage, notamment au niveau des conditions par rapport aux formes de protection classiques. Elles aussi doivent s'intégrer dans le système de coordination existant du règlement (CEE) n° 1408/71, étant donné que les anciennes normes se maintiennent et que même le règlement (CE) n° 883/2004 n'a rien changé de fondamental à l'acquis. Dans ce contexte, il peut être intéressant dans la suite de cet exposé d'opérer une distinction entre les différents éventails de prestations et de procéder à une évaluation sur le plan de la coordination.

A. Prestations contributives en espèces et en nature

Il s'agit en quelque sorte du domaine classique des prestations de chômage. En vertu de la législation nationale, le droit à ces prestations résulte habituellement de l'appartenance et donc des cotisations à l'assurance chômage. Ces allocations concernent essentiellement les prestations de remplacement du revenu. D'où le texte de la CJCE indiquant qu'une prestation est classée au titre de risque de chômage au sens de l'article 4, paragraphe 1, point g), du

⁽⁵⁰³⁾ Pour les détails, voir article 24 du SGB II.

⁽⁵⁰⁴⁾ Voir à ce sujet les exposés dans I. Lødemel et H. Trickey (eds), *An offer you can't refuse*, Bristol, The Policy Press, 2001.

⁽⁵⁰⁵⁾ Ce nombre d'heures correspond au degré maximal d'incapacité de travail dans l'assurance retraite.

⁽⁵⁰⁶⁾ Voir concernant la justification de la loi BT-Drucks. 15/5235, p. 4.

règlement (CEE) n° 1408/71 lorsqu'elle doit remplacer le revenu du travail perdu en raison du chômage et est donc destinée à la subsistance du travailleur sans emploi.

Toutefois, il n'existe aucune autre règle en vigueur concernant les prestations en nature et de services. Elles englobent toutes les offres envisageables en matière de formation et de formation continue sensées inculquer aux chômeurs des connaissances et compétences en vue de leur retour sur le marché du travail. Étant donné que ce segment de prestations a été considérablement étendu au cours de l'aménagement et de l'extension de la politique active du marché du travail, il devrait gagner en importance à l'avenir en ce qui concerne la coordination. Ceci pourrait poser des problèmes à deux égards: d'une part au niveau de la distinction entre les prestations de chômage et les prestations d'invalidité ⁽⁵⁰⁷⁾. Étant donné que ces types de prestations relèvent de différentes règles de coordination en matière d'exportabilité, cette distinction est importante. Et dans la mesure où les États membres, notamment sous l'impulsion des lignes directrices de l'Union européenne en matière de politique de l'emploi, aspirent à mieux intégrer les personnes handicapées ou diminuées sur le marché du travail, on peut normaliser davantage les prestations qui présentent simultanément des éléments constitutifs des allocations contre l'invalidité et contre le chômage. Dans l'affaire Petersen, la CJCE a établi une directive méthodique concernant la classification. La formule employée stipule que les prestations de sécurité sociale doivent être regardées, indépendamment des caractéristiques propres aux différentes législations nationales, comme étant de même nature lorsque leur objet et leur finalité, ainsi que leur la base de calcul et leurs conditions d'octroi sont identiques. En revanche, ne doivent pas être considérés comme éléments constitutifs pour la classification des prestations des caracté-

ristiques purement formelles ⁽⁵⁰⁸⁾. La mise en œuvre de ces critères nécessite, comme indiqué ci-dessus ⁽⁵⁰⁹⁾, de partir d'un certain type de prestations d'invalidité ou de chômage. Ce type de prestations résulte des caractéristiques courantes dans la législation des États membres, indépendamment des particularités spécifiques à chaque pays. Le terme d'invalidité non défini dans le règlement (CEE) n° 1408/71 doit être déterminé en étroite relation avec l'aptitude au travail. Les prestations d'invalidité doivent donc être liées à l'aptitude au travail ⁽⁵¹⁰⁾. L'invalidité peut être considérée comme le risque de réduction ou de suppression chronique ou du moins à long terme de la capacité de travail à la suite d'une dégradation de la santé physique ou mentale, qui est reliée de manière régulière et typique à une réduction du revenu nécessitant une compensation ⁽⁵¹¹⁾. Dès lors, l'on peut dire qu'il y a prestation d'invalidité lorsqu'il s'agit d'une prestation en espèces destinée à compenser la perte de revenu, car la personne concernée, en raison d'une incapacité de travail totale ou partielle, n'est pas en mesure de percevoir un revenu et que le montant de la prestation est calculé selon les mêmes bases de calcul que celles des prestations d'invalidité. On peut suivre le même principe pour les prestations de chômage. Il doit s'agir de prestations visant la compensation de la perte de revenu, qui est essentiellement à mettre sur le compte du chômage, c'est-à-dire à l'absence de place de travail appropriée pour la personne concernée, destinées à compenser la perte de revenu, et de prestations qui affichent les éléments constitutifs typiques d'une prestation de chômage quant aux conditions et au calcul. Le fait que le chômage soit également influencé par la présence de limitations de l'aptitude au travail de nature physique ou mentale ne confère pas encore à une prestation le caractère

⁽⁵⁰⁷⁾ Considérées comme une désignation générale pour toutes les formes d'incapacité de travail.

⁽⁵⁰⁸⁾ CJCE, affaire C-228/07, Petersen, arrêt du 11 septembre 2008, point 21.

⁽⁵⁰⁹⁾ Il A.

⁽⁵¹⁰⁾ Voir CJCE, affaire 14/72, Heinze, 1972, Rec. p. 1105; affaire 818/79, AOK Mittelfranken, 1980, Rec. p. 2729.

⁽⁵¹¹⁾ Voir R. Schuler dans M. Fuchs (ed.), *Europäisches Sozialrecht*, 4^e éd., Baden-Baden, Nomos, 2005, remarque préliminaire sur l'article 37, point 3.

d'une prestation de chômage. Le facteur décisif réside dans le fait que la prestation vise à surmonter le chômage. En vertu du droit de coordination, une prestation est considérée comme une prestation de chômage lorsqu'elle vise non seulement à compenser une perte de revenu (c'est ce que fait également la prestation d'invalidité ou d'incapacité de travail), mais qu'elle promet aussi une intégration plus ou moins complète sur le marché du travail. Dans ce contexte, l'objectif de la politique active du marché du travail doit également être mis en œuvre du point de vue du droit de la coordination. Les prestations de la politique active du marché du travail n'entendent pas ignorer les limitations de l'aptitude au travail, mais ne veulent pas non plus perpétuer cette situation au moyen de prestations passives. Elles visent plutôt à exploiter le potentiel d'activité de la personne concernée en vue de l'utiliser sur le marché du travail ou dans le cadre d'une activité similaire. Ceci signifie que des éléments typiques des conditions d'octroi des prestations, comme la disponibilité, peuvent être atténués ou, le cas échéant, abandonnés, comme c'est le cas dans de nombreux pays pour les chômeurs âgés. Les arrêts rendus dans les affaires De Cuyper et Jörn Petersen doivent être abordés dans cette optique. L'élément essentiel est que l'on n'abandonne pas encore le but de l'intégration sur le marché du travail. Étant donné que les mesures de la politique active du marché du travail favorisent l'initiative et la prise en charge personnelles et fixent juridiquement celles-ci sous la forme d'accords d'insertion, la composante de la référence au marché du travail n'est pas à prendre à la légère.

Il faut appliquer les mêmes principes en présence de prestations en nature et de services. Si l'objectif principal d'une mesure est de restaurer l'aptitude au travail via l'amélioration de l'état de santé (prestation de réadaptation), il s'agit de prestations d'invalidité ⁽⁵¹²⁾. Si en revanche, malgré les diminutions

physiques, une mesure vise essentiellement l'acquisition ou l'amélioration des aptitudes à exercer une activité donnée en vue d'un engagement très précis sur des lieux de travail, il s'agit d'une prestation de chômage.

Des problèmes particuliers apparaissent lorsqu'il s'agit de prestations en espèces qui sont liées à des mesures d'aide ⁽⁵¹³⁾. Supposons qu'une disposition de l'État membre A prévoit une prestation en espèces si la personne concernée accepte de passer un test d'aptitudes et suit une mesure de formation. Après l'octroi de la prestation, le demandeur décide de ne pas suivre ladite formation, mais une mesure de formation similaire dans l'État B. De telles prestations en espèces relèvent-elles de l'exportation telle que prévue à l'article 69 du règlement (CEE) n° 1408/71? Qu'en est-il lorsque l'État B ne prévoit aucune sanction en cas d'arrêt de la mesure? Une telle situation soulève une multitude de questions, notamment du point de vue administratif. Les États membres peuvent-ils limiter l'octroi de la prestation au cas de l'accomplissement de la mesure sur leur territoire? Il serait impossible d'apporter une réponse définitive à ces nombreuses questions dans le présent exposé. En tout état de cause, il faut aussi prendre en considération les exigences et particularités d'une politique active du marché du travail en matière de coordination. La politique active du marché du travail vise une étroite imbrication de la prestation en espèces (passive) et de la participation (active) du bénéficiaire de la prestation. Cette imbrication ne peut être remise en question par le fait que le bénéficiaire de la prestation, alors qu'il perçoit la prestation en espèces (grâce à l'exportation des prestations) prend également part à une mesure d'aide dans un autre État membre de l'Union européenne. Il convient de veiller à ne pas mettre hors circuit les intentions du pays d'origine et ses mécanismes de sanction liés à une mesure d'aide déterminée. Quant à savoir si ces problèmes seront résolus par la voie administrative, c'est incertain. Toutefois, tant

⁽⁵¹²⁾ Voir à ce sujet R. Schuler dans M. Fuchs (ed.), *Europäisches Sozialrecht*, 4^e éd., Baden-Baden, Nomos, 2005, remarque préliminaire sur l'article 37, point 7.

⁽⁵¹³⁾ Concernant la formulation du problème, voir également Y. Jorens et J. Hajdú, *trESS. European Report 2007*, p. 97 et suivantes.

que ces problèmes ne sont pas résolus, nous ne pouvons pas préconiser une exportation de la prestation en espèces.

Le deuxième point problématique résulte du fait que la politique active du marché du travail, comme indiqué ci-dessus, attache beaucoup d'importance aux mesures préventives. Ainsi, l'on est confronté à la problématique illustrée dans l'arrêt de la CJCE dans l'affaire Campana. En vertu des principes qui sous-tendent cet arrêt, il est établi que les mesures préventives relèvent également du champ d'application de l'article 4, paragraphe 1, point g), du règlement (CE) n° 1408/71. Concernant le travailleur qui se trouve encore dans un rapport de travail, on peut alors uniquement parler de prestations de chômage lorsqu'il existe un danger concret de devenir chômeur.

Étant donné que l'affaire Campana concernait un cas situé en Allemagne, la littérature allemande s'est particulièrement intéressée à cette problématique ⁽⁵¹⁴⁾. Un nombre considérable d'auteurs adhère à l'ordonnance de renvoi du tribunal fédéral des affaires sociales (BSG) qui ne considère pas les prestations préventives comme des prestations de chômage et justifie notamment cette position en s'appuyant sur la genèse du règlement ⁽⁵¹⁵⁾. Aussi, ne peut-on rejeter en bloc l'objection critique selon laquelle il s'agit d'un critère de classification difficile à manier ⁽⁵¹⁶⁾. Les auteurs qui veulent exclure les prestations préventives mettent principalement en avant le fait que de telles prestations d'aide sont considérées comme l'expression de la politique nationale du travail et de l'emploi. Face à la décision de la CJCE dans l'affaire Campana, de telles idées ne peuvent être fondées. Étant donné que la CJCE écarte le danger concret de chômage, le nombre de

cas d'application s'en trouve toutefois considérablement réduit.

B. Prestations non contributives

Les dernières évolutions de la politique active du marché du travail, qui ont touché de nouveaux systèmes et formes de prestations au Royaume-Uni et en Allemagne, illustrent que la politique nationale du marché du travail se renforce afin d'accueillir la grande vague de chômeurs qui ne bénéficient pas de la protection généralement accordée en raison de l'appartenance à une assurance chômage contributive. Le seul fait qu'une prestation ne se fonde pas sur le paiement de cotisations, ne suffit pas à l'exclure du champ d'application concret du règlement (CEE) n° 1408/71, tel que défini à l'article 4, paragraphe 2, du règlement. Étant donné que les exemples illustrés au Royaume-Uni et en Allemagne représentent à la fois des prestations dépendantes du revenu et du patrimoine, nous sommes confrontés au problème de la classification au titre d'aide sociale, auquel cas le règlement prévu à l'article 4, paragraphe 4, du règlement (CEE) n° 1408/71 n'est pas applicable. À cet égard, il faut également prendre en considération l'article 4, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 1408/71, selon lequel le champ d'application matériel s'étend également aux prestations spéciales à caractère contributif relevant d'une législation qui, de par son champ d'application personnel, ses objectifs et/ou ses conditions d'octroi, possède des caractéristiques à la fois de la sécurité sociale visée au paragraphe 1, et de l'assistance sociale. Selon la définition juridique de la page 2, elles doivent remplir les conditions qui y sont définies, c'est-à-dire soit être destinées à couvrir à titre complémentaire, subsidiaire ou de remplacement, les risques de chômage, et à garantir aux intéressés un revenu minimal de subsistance ou uniquement à assurer la protection spécifique des personnes handicapées et qui sont financées exclusivement par des contributions fiscales obligatoires et dont les conditions d'octroi et les modalités de calcul ne sont pas fonction d'une quelconque contribution pour ce qui concerne

⁽⁵¹⁴⁾ U. Rönnsberg, *Die gemeinschaftsrechtliche Koordinierung von Leistungen bei Arbeitslosigkeit. Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und ihre Reformbedürftigkeit*, Herbolzheim, Centaurus, 2006, p. 106 et suivantes avec de nombreuses notes bibliographiques.

⁽⁵¹⁵⁾ Voir BSG 15.10.1985 — 11 b/7 RAr 95/84 SGB 1986, 214.

⁽⁵¹⁶⁾ G. Haverkate et S. Huster, *Europäisches Sozialrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1999, point 292.

leurs bénéficiaires. En outre, elles doivent être énumérées à l'annexe II *bis*. L'observation de l'annexe II *bis* donne l'impression que les États membres, de manière générale, ont inscrit à l'annexe II *bis* les prestations en espèces qui sont le fruit de leur politique active du marché du travail ⁽⁵¹⁷⁾. Ainsi, les États membres concernés ont établi de manière contraignante l'intégration de ces prestations dans la coordination, même s'il s'agit stricto sensu de prestations similaires à l'aide sociale, le cas échéant — article 4, paragraphe 4, du règlement (CEE) n° 1408/71.

Une question reste toutefois sans réponse: comment procéder avec les prestations en nature et de services de la politique active du marché du travail? À titre d'exemple, citons à nouveau les mesures d'aide dans le cadre de l'assurance de base pour les demandeurs d'emploi en vertu du SGB II allemand. Ces prestations sont uniquement octroyées si le demandeur est indigent, c'est-à-dire que son revenu et son patrimoine ne dépassent pas un certain plafond et qu'aucun droit de créance alimentaire ne peut être revendiqué vis-à-vis de proches. Ces prestations peuvent uniquement être intégrées dans la coordination si elles relèvent de l'article 4, paragraphe 1, point g), du règlement (CEE) n° 1408/71. À ce sujet, il convient de se référer à la jurisprudence actuelle de la CJCE. Les arrêts précités rendus dans les affaires Hoeckx et Acciardi sont déterminants. En référence à de nouvelles décisions, la CJCE a une nouvelle fois repris la jurisprudence constante dans l'affaire Petersen et a résumé la situation comme suit: «Selon une jurisprudence constante, une prestation peut être considérée comme une prestation de sécurité sociale dans la mesure où elle est octroyée aux bénéficiaires en dehors de toute appréciation individuelle et discrétionnaire des besoins personnels, sur la base d'une situation légalement définie, et où elle se rapporte à l'un des risques expressément énumérés à l'article 4, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71» ⁽⁵¹⁸⁾. La jus-

tification de l'arrêt rendu dans l'affaire Hoeckx a été exposée en détail ci-dessus. La prestation de droit belge qui y est visée supposait que le bénéficiaire de l'aide prouve sa disponibilité sur le marché du travail. On aurait ainsi pu répondre par l'affirmative à une référence au risque de chômage. Étant donné que l'octroi de la prestation était toutefois subordonné dans une large mesure à des critères d'indigence, la CJCE a refusé de lui attribuer le caractère d'une prestation de sécurité sociale. Si l'octroi d'une prestation dépend d'une évaluation individuelle de l'indigence personnelle caractéristique de l'aide sociale, cette prestation sort du champ d'application de l'article 4, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 1408/71 ⁽⁵¹⁹⁾.

C. L'exclusion de la coordination basée sur le droit de résidence?

L'article 24, paragraphe 1, de la directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres énonce le principe de l'égalité de traitement, selon lequel tout citoyen de l'Union qui séjourne sur le territoire de l'État membre d'accueil en vertu de la présente directive bénéficie de l'égalité de traitement avec les ressortissants de cet État membre. Toutefois, l'article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38/CE prévoit une dérogation à cet égard. L'État membre d'accueil n'est pas obligé d'accorder le droit à une prestation d'assistance sociale pendant les trois premiers mois de séjour ou, le cas échéant, pendant la période plus longue prévue à l'article 14, paragraphe 4, point b), à des personnes autres que les travailleurs salariés, les travailleurs non salariés, les personnes qui gardent ce statut, ou les membres de leur famille.

La République fédérale d'Allemagne a utilisé cette possibilité concernant les prestations de l'assurance de base pour les demandeurs d'emploi

⁽⁵¹⁷⁾ Voir à ce sujet les indications précitées décrites pour l'Allemagne et le Royaume-Uni.

⁽⁵¹⁸⁾ CJCE, affaire C-228/07, Petersen, point 19 ainsi que les arrêts qui y sont indiqués.

⁽⁵¹⁹⁾ CJCE, affaire C-78/91, Hughes, 1992, Rec. p. I-4839, affaire C-66/92, Acciardi, 1993, Rec. p. 4567, point 15.

(SGB II) ⁽⁵²⁰⁾ Malgré le respect des conditions en général, sont exclus du droit aux prestations les ressortissants étrangers et les membres de leurs familles pendant les trois premiers mois de leur séjour ainsi que les ressortissants étrangers dont le droit de séjour découle exclusivement de l'objectif de recherche d'un emploi, ainsi que les membres de leurs familles ⁽⁵²¹⁾. Selon le texte de la disposition, celle-ci vise également les ressortissants de la Communauté européenne.

Quant à savoir si cette exclusion est effective, il existe des réponses très différentes dans la littérature ⁽⁵²²⁾. D'aucuns avancent que l'article 24, paragraphe 2, en relation avec l'article 14, paragraphe 4, de la directive 2004/38/CE serait nul en raison d'une violation de l'interdiction de discrimination prévue à l'article 12 en relation avec l'article 18 du traité CE ⁽⁵²³⁾. Pour ce faire, ils se réfèrent notamment à l'arrêt de la CJCE dans l'affaire Collins ⁽⁵²⁴⁾. La CJCE y aurait souligné que, compte tenu de l'instauration de la citoyenneté de l'Union, il n'est plus possible d'exclure du champ d'application de l'article 39, paragraphe 2, du traité, qui est une énonciation du principe fondamental d'égalité de traitement garanti par l'article 12 du traité, une prestation de nature financière destinée à faciliter l'accès à l'emploi sur le marché du travail d'un État membre ⁽⁵²⁵⁾. La CJCE devra certainement régler cette question tôt ou tard. Il convient d'observer que l'arrêt Collins a encore été rendu en référence à l'ancienne directive 68/360/CEE. La directive 2004/38/CE a, d'une part, considérablement renforcé les droits de séjour des ressortissants de la Communauté européenne. En particulier, les possibilités d'expulsion en réfé-

rence à l'aide sociale sont devenues très limitées. D'autre part, l'article 24 de la directive 2004/38/CE indique qu'il convient de répondre aux intérêts légitimes des États membres. Sur cette base, la restriction de l'article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38/CE peut être considérée comme une restriction objectivement justifiée du droit de libre circulation des travailleurs. Car il va falloir attribuer aux États membres un droit légitime d'inscrire les mesures de la politique active du marché du travail, qui sont financées par les rentrées fiscales, dans un cadre financièrement chiffrable et réalisable. Dans le cas contraire, ces prestations pourraient inciter l'immigration vers les pays qui possèdent un niveau de prestations relativement élevé.

D'un autre côté, il doit aussi être établi clairement qu'une disposition nationale qui repose sur l'article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38/CE ne peut annuler les droits prévus par le règlement (CEE) n° 1408/71. Ces droits doivent perdurer en raison du principe de la primauté du droit communautaire. Dans la mesure où les prestations de l'assurance de base sont des prestations en espèces non contributives au sens de l'article 4, paragraphe 2, point a) du règlement (CEE) n° 1408/71, elles ne peuvent être supprimées sous l'effet d'une disposition nationale.

III. RÉSUMÉ

Les politiques d'emploi ont connu de grands changements durant la seconde moitié des années 90. Les stratégies passives d'octroi de prestations ont laissé place à des politiques d'aide actives au retour à l'emploi (*workfare*). Ces idées ont été encouragées sur le plan européen par le Conseil européen et par le renouvellement imminent du gouvernement britannique. L'ancien modèle considère les allocations chômage comme des prestations financières octroyées pour compenser la perte de revenus et maintenir le niveau de vie. Il n'est pas surprenant que la CJCE ait utilisé ces deux éléments pour définir le concept d'allocation

⁽⁵²⁰⁾ Voir à ce sujet la «Gesetz zur Umsetzung Aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union» du 19 août 2006 (BGBl. I, p. 1970) et l'exposé des motifs y afférent dans BT-Drucks. 16/5065, p. 234.

⁽⁵²¹⁾ Voir article 7, paragraphe 1 p. 2 n° 1 et 2 du SGB II.

⁽⁵²²⁾ Voir concernant les différents points de vue Spellbrink dans Eicher et Spellbrink (eds), *SGB II. Grundsicherung für Arbeitssuchende*, 2^e éd., Munich, C. H. Beck Publishers, 2008, article 7, points 13 et suivants.

⁽⁵²³⁾ Voir F. Schreiber, «Die Bedeutung des Gleichbehandlungsanspruchs aus Art. 12 i.V.m. Art. 18 EGV für Grundsicherungsleistungen (SGB II und SGB XII)», *ZESAR* 2006, 423, 430.

⁽⁵²⁴⁾ CJCE, affaire C-138/02, Collins, 2004, Rec. p. I-2703.

⁽⁵²⁵⁾ Point 63 de l'arrêt.

tions chômage dans son interprétation de l'article 4 du règlement (CEE) n° 1408/71. Ce n'est que dans l'affaire Campana qu'elle a dû gérer une forme spécifique de mesure active d'emploi. Tandis que de plus en plus de pays optent pour des politiques d'emploi plus actives, les prestations en nature, en plus des allocations financières, ont pris

de l'importance. Très souvent, allocations financières et prestations en nature sont corrélées. Cette nouvelle situation pose des problèmes de plusieurs types: problèmes de qualification des prestations, problèmes administratifs et, surtout, problèmes d'accès des étrangers à ces prestations ainsi que leur exportation dans d'autres pays.

IMPACT DES ARTICLES 12, 18, 39 ET 43 DU TRAITÉ CE SUR LA COORDINATION DES SYSTÈMES DE SÉCURITÉ SOCIALE ⁽⁵²⁶⁾

Eleanor Spaventa

Université de Durham et Institut de droit européen de Durham (Royaume-Uni)



Le docteur Eleanor Spaventa est professeur de droit à l'université de Durham et directrice du Durham European Law Institute. Par le passé, elle a occupé différentes fonctions à l'université de Birmingham (2004-2006) et à l'université de Cambridge (2000-2004). Ses principaux sujets de recherche, sur lesquels elle a réalisé de nombreuses publications, sont la législation sur la libre circulation, la citoyenneté européenne, l'Union européenne et le droit constitutionnel européen, la lutte contre le terrorisme dans l'Union européenne et le troisième pilier. Elle est l'auteur de *Free movement of workers: Barriers to movement in their constitutional context* (Kluwer, 2007). Elle a également copublié avec Michael Dougan *EU and Social Welfare* (Hart Publishing, 2004) et est l'un des coauteurs de *Wyatt and Dashwood's EU law* (Sweet and Maxwell, 2006). En 2009/2010, elle sera professeur de droit européen au Collège d'Europe à Natolin (*).

I. INTRODUCTION

Dans cet article, nous analyserons comment l'interprétation des dispositions sur la citoyenneté par la Cour et sa nouvelle réinterprétation du droit de libre circulation ont un effet sur les systèmes de sécurité sociale. Nous analyserons en particulier comment ces interprétations s'articulent de façon nouvelle avec la législation secondaire, qui coordonne les dispositions nationales sur les prestations d'assistance sociale ⁽⁵²⁷⁾.

Mais avant de jeter un œil critique sur l'impact des dispositions relatives au droit de libre circulation sur la coordination des systèmes de sécurité sociale

et sur l'accès aux prestations sociales plus globalement, il sera nécessaire de rappeler les principes de base établis par la jurisprudence quant aux droits de libre circulation.

Depuis les années 70, époque de la mise en œuvre des dispositions sur la libre circulation, la Cour a élaboré une analyse en deux phases pour évaluer la compatibilité des règles nationales qui ne sont pas directement discriminatoires avec le droit communautaire. Tout d'abord, une loi nationale doit entrer dans le champ d'application de la disposition du traité pertinente. Ensuite, elle doit être justifiée ⁽⁵²⁸⁾. Pour être justifiée, une loi doit servir un intérêt public compatible avec le droit communautaire (et à moins qu'elle ne soit clairement protectionniste, cela sera toujours le cas); elle doit également être nécessaire et proportionnée.

(*) Cette contribution a été traduite à partir de la version anglaise originale.

⁽⁵²⁶⁾ Je suis très reconnaissante à Yves Jorens et Michael Couchier d'avoir organisé une conférence si passionnante et aux participants d'avoir rendu la discussion si vivante.

⁽⁵²⁷⁾ Il existe un important corpus sur l'effet de la citoyenneté de l'Union sur les prestations sociales, par exemple G. de Búrca (ed.), *EU Law and the Welfare State*, OUP, 2005; M. Dougan et E. Spaventa (eds), *Social Welfare and EU law*, Hart Publishing, 2005; A. Somek, «Solidarity decomposed: being and time in European citizenship», *European Law Review*, 2007, p. 787.

⁽⁵²⁸⁾ Jurisprudence constante, voir par exemple l'affaire 33/74, C. H. M. Van Bissbergen/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid, 1974, Rec. p. 1299.

Pour des raisons pratiques, la véritable analyse utilisée pour évaluer la compatibilité d'une loi avec le droit communautaire, une fois vérifié qu'elle entre dans le champ d'application des dispositions sur la libre circulation, est l'examen de sa nécessité/proportionnalité. Si, en théorie, évaluer la proportionnalité d'une loi est du ressort du juge national, c'est souvent la CJCE qui se prête à cet exercice. L'évaluation de la proportionnalité étant un outil puissant dans la mesure où il permet à l'institution judiciaire d'analyser la légitimité des moyens législatifs utilisés pour soutenir des choix politiques, la Cour a été accusée de mettre en avant sa propre vision du marché interne au détriment de choix politiques (plus légitimes) formulés par les institutions législatives nationales et européennes. Cette critique s'est intensifiée au milieu des années 90, à la suite du considérable élargissement de la définition d'«entrave à la circulation» utilisée pour amener une situation de fait dans le champ d'application du traité⁽⁵²⁹⁾. Du fait de l'extension du champ d'application du traité, la CJCE pouvait étudier la proportionnalité des lois nationales dans un nombre beaucoup plus grand de domaines. Elle est ainsi devenue l'arbitre final de la légitimité de pratiques réglementaires nationales qui, sans être discriminatoires, reflétaient parfois de véritables choix politiques relatifs au niveau de réglementation du marché, mais aussi au mode d'organisation des dépenses publiques⁽⁵³⁰⁾.

Les effets de l'institution de la citoyenneté de l'Union, qui n'apparaissent qu'à la fin des années 90⁽⁵³¹⁾, ont donné lieu à une autre expansion du champ d'application du traité: cette fois, les

lois analysées ne sont plus exclusivement des règles de marché et bon nombre concernent l'accès aux prestations sociales⁽⁵³²⁾. En outre, certaines des lois soumises à examen résultent de la bonne mise en œuvre de la législation communautaire secondaire, et donc de choix politiques formulés au plus haut niveau⁽⁵³³⁾. Cette jurisprudence a soulevé des critiques et la Cour a été accusée d'«ingénierie sociale», c'est-à-dire de tenter de créer, en solitaire et presque sans aucun appui politique, un espace social transnational où les citoyens de l'Union devraient assumer en partie le destin des citoyens de l'Union d'autres pays. Ceci dit, on peut s'interroger sur le fait que la jurisprudence de ces dix dernières années doive être envisagée comme une révolution ou simplement comme une évolution qui, même si elle en a surpris plus d'un, est cohérente avec la nécessité d'améliorer l'intégration afin d'encourager, voire de parvenir à créer véritablement une union encore plus étroite entre les peuples d'Europe⁽⁵³⁴⁾.

Dans cet article, nous examinerons la jurisprudence pertinente afin d'évaluer l'impact des dispositions relatives à la citoyenneté et à la libre circulation sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et sur l'accès aux prestations sociales. Nous nous intéresserons plus particulièrement aux tensions entre les dispositions principales du traité telles qu'elles sont interprétées par la Cour et la législation secondaire [en particulier le règlement (CEE) n° 1408/71 et la directive 2004/38/CE]⁽⁵³⁵⁾. Nous procéderons

⁽⁵²⁹⁾ Cette évolution de la jurisprudence concernant les entraves discriminatoires est apparue en premier lieu dans l'affaire C-76/90, *M. Säger/Dennemeyer & Co. Ltd*, 1991, Rec. p. I-4221, concernant la libre circulation des services; elle fut ensuite étendue à la liberté d'établissement dans l'affaire C-55/94, *Gebhard/Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, 1995, Rec. p. I-4165; et à la libre circulation des travailleurs dans l'affaire C-415/93, *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association ASBL/Jean-Marc Bosman*, 1995, Rec. p. I-4921.

⁽⁵³⁰⁾ Par exemple la jurisprudence sur la possibilité de demander le remboursement de soins de santé reçus à l'étranger, affaire C-157/99, *B. S. M. Geraets-Smits/Stichting Ziekenfonds VGZ et Peerbooms/Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, 2001, Rec. p. I-5473 (voir plus en détail ci-dessous).

⁽⁵³¹⁾ En commençant par l'arrêt prononcé dans l'affaire C-85/96, *M. M. Martínez Sala/Freistaat Bayern*, 1998, Rec. p. I-2691.

⁽⁵³²⁾ Par exemple l'affaire C-85/96, *M. M. Martínez Sala/Freistaat Bayern*, 1998, Rec. p. I-2691; l'affaire C-184/99, *R. Grzelczyk/Centre public d'aide social d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, 2001, Rec. p. I-6193.

⁽⁵³³⁾ Par exemple l'affaire C-413/99, *Baumbast et R/Secretary of State for the Home Department*, 2002, Rec. p. I-7091, portant sur les critères que les citoyens économiquement inactifs doivent remplir pour obtenir un droit de résidence, ou l'affaire C-209/03, *Bidar*, 2005, Rec. p. I-2119, sur l'accès aux prêts pour étudiants (voir plus en détail ci-dessous).

⁽⁵³⁴⁾ Voir les préambules du TCE et du TUE.

⁽⁵³⁵⁾ Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, modifié. Version consolidée, de 1997, publiée au JO L 28, p. 1, et http://www.europa.eu.int/eur-lex/en/consleg/pdf/1971/en_1971R1408_do_001.pdf. Le règlement (CEE) n° 1408/71 sera abrogé dès l'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 883/2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, 2004, JO L 166, p. 1. Directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (2004), JO L 229, p. 35 (ci-après directive 2004/38/CE).

par thématique et non de façon chronologique ou en considération du cas abordé. Deux grandes thématiques émergent: l'expansion du champ d'application du traité par le biais d'un «jeu d'interprétation» et l'approche binaire adoptée par la Cour pour élargir les droits des individus sans remettre en question la légalité de la législation secondaire communautaire. Avant d'entrer dans le vif du sujet, il est toutefois utile de rappeler brièvement les conséquences de la citoyenneté de l'Union sur l'application du principe de non-discrimination au regard de la nationalité.

II. CITOYENNETÉ DE L'UNION ET NON-DISCRIMINATION

Nous avons rappelé ci-dessus que pour évaluer la compatibilité des lois nationales avec les dispositions sur la libre circulation économique, la Cour adopte une approche en deux temps: elle vérifie tout d'abord l'existence d'une entrave susceptible d'amener l'affaire dans le champ d'application du traité, puis celle d'un intérêt général susceptible de justifier la loi, ce qui suppose d'évaluer sa proportionnalité. De toute évidence, plus la définition d'«entrave à la libre circulation» est large, plus la Cour dispose d'un champ d'action étendu à l'heure d'évaluer la proportionnalité des lois nationales. Jusqu'à la fin des années 90, un requérant ne pouvait entrer dans le champ d'application des dispositions sur la libre circulation qu'après avoir établi l'existence d'un lien économique (même ténu) ⁽⁵³⁶⁾. Avec l'institution de la citoyenneté de l'Union, ce lien économique n'est plus obligatoire et la seule migration (si tant est qu'elle soit encore néces-

saire) ⁽⁵³⁷⁾ suffit à amener le demandeur dans le champ d'application du traité, en vertu de l'article 18 du traité CE ⁽⁵³⁸⁾. En outre, une fois le demandeur confirmé dans le champ d'application du traité, il peut s'appuyer sur l'interdiction générale de la discrimination fondée sur la nationalité, stipulée à l'article 12 du traité CE ⁽⁵³⁹⁾. Enfin, l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité est interprétée de façon large afin d'inclure la discrimination directe mais aussi les discriminations indirectes, et en particulier celle fondée sur le lieu ou la durée de la résidence ⁽⁵⁴⁰⁾ et celle fondée sur la migration ⁽⁵⁴¹⁾.

De façon évidente, les prestations sociales étant habituellement réservées aux personnes qui résident dans un État et/ou à celles qui y contribuent par leur activité économique et aux ressortissants nationaux qui n'ont pas besoin de prouver leur lien d'«appartenance» à leur propre État, la combinaison des articles 18 et 12 du traité CE remet en question les critères d'octroi de prestations sociales sur le territoire d'un autre État membre. De plus, puisque l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité et/ou le droit de libre circulation ont été interprétés de façon constante de sorte à inclure le droit de ne pas être discriminé au regard de ses déplacements, l'article 18 du traité CE a également fait vaciller, voire remis en question les règles de non-exportabilité de certaines prestations, et en particulier de certaines prestations spé-

⁽⁵³⁶⁾ Plus particulièrement, la Cour a allégé la nécessité d'existence d'un lien économique en autorisant les bénéficiaires de services (principalement des touristes) à utiliser l'article 12 CE dans tous les domaines liés à la prestation de services touristiques, par exemple dans l'affaire 186/87, Cowan/le Trésor Public, 1989, Rec. p. 195, l'affaire C-45/93, Commission/Espagne (accès aux musées), 1994, Rec. p. I-911.

⁽⁵³⁷⁾ Voir par exemple l'affaire C-148/02, Garcia Avello, 2003, Rec. p. I-11613, où le simple souhait de déménager dans l'avenir a suffi à placer l'affaire dans le champ d'application du traité; l'affaire C-212/06, gouvernement de la communauté française et gouvernement wallon/gouvernement flamand, 2008, Rec. p. I-1683, où la notion de découragement potentiel a été utilisée dans une affaire qui aurait autrement été purement interne; l'affaire C-403/03, Schempp, 2005, Rec. p. I-6421, où le déplacement de l'ex-femme du demandeur a suffi à établir le lien intracommunautaire. Nous avons plaidé en d'autres occasions en faveur de l'abandon de la nécessité d'établir un lien intracommunautaire pour étendre la portée du traité à des/certaines affaires purement internes; voir E. Spaventa, «Seeing the woods despite the trees? On the scope of Union citizenship and its constitutional effects», *Common Market Law Review*, vol. 45, 2008, p. 13.

⁽⁵³⁸⁾ Par exemple l'affaire C-224/98, M. N. D'Hoop/Office national d'emploi, 2002, Rec. p. I-6191.

⁽⁵³⁹⁾ Par exemple l'affaire C-85/96, M. M. Martínez Sala/Freistaat Bayern, 1998, Rec. p. I-2691.

⁽⁵⁴⁰⁾ Par exemple l'affaire C-192/05, Tas-Hagen et Tas, 2006, Rec. p. I-10451, et l'affaire C-209/03, Bidar, 2005, Rec. p. I-2119.

⁽⁵⁴¹⁾ Par exemple l'affaire C-224/98, M. N. D'Hoop/Office national d'emploi, 2002, Rec. p. I-6191.

ciales à caractère non contributif ⁽⁵⁴²⁾. Comme nous le verrons plus précisément ci-dessous, cela ne signifie pas que les États membres sont désormais tenus de délivrer des prestations ou d'autoriser leur exportation à *tous* les citoyens de l'Union quelles que soient les circonstances de leur affaire. Cela signifie plutôt que les lois nationales qui stipulent les critères d'accès à ces prestations sont désormais soumises à l'examen de la Communauté et/ou des tribunaux nationaux qui jugent de leur nécessité et de leur proportionnalité.

III. LE PROCESSUS DE DÉCONSTRUCTION ET DE RECONSTRUCTION DU CHAMP D'APPLICATION DU TRAITÉ

Nous avons indiqué précédemment que l'un des effets de l'institution de la citoyenneté de l'Union avait été de rompre le lien entre activité économique et possibilité de prétendre à certains droits au titre du droit communautaire. Cela est particulièrement important dans le domaine des prestations sociales, notamment lorsqu'elles entrent dans le champ d'application du règlement (CEE) n° 1408/71, auparavant réservé aux migrants économiquement actifs. L'introduction de l'article 18 du traité CE a pour effet d'ouvrir de nouvelles possibilités pour ceux qui étaient précédemment exclus du champ du droit communautaire parce qu'ils n'avaient pas d'activité rémunérée et n'avaient ni été ni prestataires ni bénéficiaires de services. Toutefois, les premières interprétations de l'article 18 du traité CE n'ont pas permis de faire ressortir clairement ce que cela signifiait en réalité. Les États membres s'attendaient donc à ce que la citoyenneté de l'Union codifie simplement le statu quo existant dans le droit fondamental du traité. À cet égard, il doit être rappelé qu'avant le traité de Maastricht, trois directives avaient été adoptées pour accorder un droit de libre circulation et de résidence aux personnes éco-

nomiquement inactives ⁽⁵⁴³⁾. Ces directives n'accordaient un droit de séjour qu'aux personnes économiquement indépendantes, qui ne pouvaient donc pas prétendre aux prestations octroyées sous conditions de ressources et disposaient d'assurances-santé couvrant tous leurs risques. Elles stipulaient aussi clairement que les migrants économiquement indépendants ne devaient pas devenir des charges déraisonnables pour le système de prestations sociales de l'État d'accueil ⁽⁵⁴⁴⁾. L'article 18 du traité CE, quant à lui, faisait référence aux limites et aux conditions imposées par la législation secondaire, cantonnant ainsi, dans l'esprit des législateurs, les potentielles demandes de prestations sociales à l'intérieur de l'État d'accueil. Par conséquent, les dispositions et les exigences stipulées dans les directives relatives à la résidence constituaient les limites auxquelles se référait l'article 18 du traité CE et les citoyens économiquement inactifs ne pouvaient prétendre à percevoir des prestations sociales dans l'État d'accueil.

Toutefois, dans l'affaire Sala ⁽⁵⁴⁵⁾, la Cour a opté pour une interprétation différente de celle que l'on pouvait attendre et a préféré s'engager dans un processus de déconstruction et de reconstruction du droit communautaire ⁽⁵⁴⁶⁾. L'affaire concernait les droits d'une citoyenne espagnole vivant légalement en Allemagne au titre d'un traité bilatéral entre l'Allemagne et l'Espagne (et non en vertu du droit communautaire). M^{me} Sala ne pouvait pas être expulsée, mais ne pouvait pas non plus recevoir de titre de séjour. Or, la détention d'un tel titre était une condition préalable à la perception de certaines presta-

⁽⁵⁴²⁾ Par exemple l'affaire C-192/05, *Tas-Hagen et Tas*, 2006, Rec. p. I-10451.

⁽⁵⁴³⁾ Directive 90/364/CEE du Conseil relative au droit de séjour, 1990, JO L 180, p. 26; directive 90/365/CEE du Conseil relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle, 1990, JO L 180, p. 28; directive 93/96/CEE du Conseil relative au droit de séjour des étudiants, 1993, JO L 317, p. 59.

⁽⁵⁴⁴⁾ Directive 90/364/CEE du Conseil relative au droit de séjour, 1990, JO L 180, p. 26; directive 90/365/CEE du Conseil relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle, 1990, JO L 180, p. 28; directive 93/96/CEE du Conseil relative au droit de séjour des étudiants, 1993, JO L 317, p. 59.

⁽⁵⁴⁵⁾ Affaire C-85/96, *M. M. Martínez Sala/Freistaat Bayern*, 1998, Rec. p. I-2691.

⁽⁵⁴⁶⁾ Sur le jugement Sala, consulter S. O'Leary, «Putting flesh on the bones of European Union citizenship», *European Law Review*, vol. 24, 1999, p. 68; J. Shaw et S. Fries, «Citizenship of the Union: First Steps in the European Court of Justice», *European Public Law*, vol. 4, 1998, p. 533.

tions sociales, notamment une allocation familiale qui était refusée à M^{me} Sala précisément parce qu'elle ne disposait pas d'un titre de séjour. L'allocation entraînait ainsi dans le champ d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 ⁽⁵⁴⁷⁾ et du règlement (CEE) n° 1612/68 ⁽⁵⁴⁸⁾ et l'exigence d'un permis de séjour était discriminatoire puisqu'elle n'existait pas pour les ressortissants allemands. Puisqu'il existait des doutes sur le fait que M^{me} Sala puisse être considérée comme un travailleur entrant dans le champ d'application de l'un ou l'autre de ces règlements, ou effectivement de l'article 39 du traité CE, la question était de savoir si la situation relevait malgré tout du traité en vertu des dispositions sur la citoyenneté et si l'article 12 du traité CE était applicable.

La Cour a arrêté que M^{me} Sala entraînait dans le champ d'application *ratione personnae* personnel du traité au titre de son statut de citoyenne de l'Union. Elle a ensuite arrêté que la prestation en question entraînait dans le champ d'application *ratione materiae* du traité parce qu'elle relevait des règlements (CEE) n° 1408/71 et (CEE) n° 1612/68. Puisque la prestation entraînait dans le champ d'application du droit communautaire et M^{me} Sala dans le champ d'application personnel du traité, l'article 12 du traité CE s'appliquait et M^{me} Sala avait droit à la prestation.

Le jugement Sala est succinct et donc difficile à comprendre, mais ce qui est intéressant pour notre analyse, c'est le raisonnement adopté par la Cour pour juger de ce qui relève du champ d'application matériel du traité. Un tel raisonnement peut sembler tourner en rond, voire être un peu retors. À cet égard, il faut considérer que la prise en compte des allocations d'éducation dans le champ d'application du droit communautaire n'est pas une nouveauté. Toutefois, selon le droit communautaire, seule une catégorie précise de personnes, définie dans la législation secondaire, peut prétendre à l'égalité de traitement pour ces allocations. En

d'autres termes, il semble clair qu'avant l'affaire Sala, les deux conditions [relever du champ d'application personnel du règlement (CEE) n° 1408/71, du règlement (CEE) n° 1612/68 ou de l'article 39, mais aussi de leur champ d'application matériel] devaient être remplies simultanément.

Pourtant, dans l'affaire Sala, la Cour déconstruit la façon dont le champ d'application personnel et matériel doivent être interprétés: par conséquent, plutôt que de devoir remplir les deux conditions au regard de la même législation, les deux peuvent être séparées. Ainsi, entrer dans le cadre de l'une des dispositions du traité, et en particulier de l'article 18 du traité CE, permet de revendiquer un traitement égal concernant toutes les prestations indiquées dans la législation communautaire, même si l'objectif manifeste de cette législation est de limiter le nombre de demandeurs susceptibles de percevoir une prestation donnée et donc d'*exclure* tous les autres demandeurs de la possibilité d'invoquer l'égalité de traitement.

La citoyenneté de l'Union a donc un impact spectaculaire sur les demandes de prestations sociales car elle élargit la catégorie des citoyens susceptibles de recourir au principe d'égalité de traitement pour obtenir des prestations sociales auprès de leur État d'accueil. Pourtant, recourir aux articles 18 et 12 du traité CE plutôt qu'au règlement (CEE) n° 1408/71 ne relève pas du même concept et peut produire des résultats différents: la discrimination indirecte peut être justifiée, et par conséquent les droits accordés au titre des articles 18 et 12 du traité CE semblent, du moins en théorie, plus limités que ceux du règlement (CEE) n° 1408/71 par lequel, une fois qu'il parvient à entrer dans le champ d'application à la fois personnel et matériel du règlement, le demandeur peut se retrouver dans une position de force bien plus importante que s'il entraînait dans le cadre de l'article 18 du traité CE ⁽⁵⁴⁹⁾.

⁽⁵⁴⁷⁾ Dans la mesure où il s'agissait d'une prestation familiale entrant dans le champ de l'article 4, paragraphe 1, point h.

⁽⁵⁴⁸⁾ Dans la mesure où il s'agissait d'une prestation sociale entrant dans le champ de l'article 7, paragraphe 2.

⁽⁵⁴⁹⁾ Ceci dépend grandement de ce qui est demandé: dans certains cas, la discrimination indirecte peut être justifiée également en relation avec le règlement (CEE) n° 1408/71. Toutefois, dans des affaires portant sur l'exportabilité des prestations ou la possibilité de recevoir des soins à l'étranger, le règlement garantit des «droits» et les États membres ne peuvent pas s'écarter de ce qui est établi dans le règlement lui-même (voir discussion ci-après).

Ce processus de déconstruction et de reconstruction est évident dans d'autres domaines de la loi communautaire et particulièrement dans celui de l'éducation. Rappelons à toutes fins utiles que la directive «Étudiants» excluait les étudiants migrants du droit aux bourses d'entretien octroyés par l'État d'accueil ⁽⁵⁵⁰⁾. Ceci, à l'instar des autres directives relatives à la résidence, garantit que les étudiants doivent avoir les ressources suffisantes pour ne pas devenir une charge pour les services sociaux de l'État d'accueil. En accord avec la jurisprudence née avec le jugement de l'affaire Grzelczyk ⁽⁵⁵¹⁾, la Cour a appliqué le raisonnement de l'affaire Sala aux étudiants.

M. Grzelczyk, étudiant français en Belgique, demandait à percevoir le minimex, une allocation de revenu minimal, afin de pouvoir se concentrer sur ses études lors de la dernière année de son cursus universitaire. M. Grzelczyk s'est vu refuser la prestation parce qu'il n'était pas un «travailleur» au titre du droit communautaire et ne pouvait donc pas recourir à l'article 7, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 1612/68. La Cour a néanmoins jugé qu'il entrait dans le champ d'application de la loi communautaire en vertu des dispositions sur la citoyenneté et que par conséquent, comme dans l'affaire Sala, il pouvait revendiquer son droit à l'égalité de traitement dans la perception de prestations sociales, y compris du minimex. Afin d'éviter les contraintes imposées par la législation secondaire, la Cour a jugé que si la directive 93/96/CEE précisait expressément que les étudiants étrangers n'étaient pas éligibles aux bourses d'entretien, elle ne les excluait pas explicitement du droit à recevoir d'autres prestations sociales.

Le jugement de l'affaire Grzelczyk a confirmé celui de l'affaire Sala: il a clarifié que les citoyens de l'Union résidant légalement dans un État membre pouvaient recourir à l'article 12 du traité CE pour

demander des prestations sociales quelles que soient les contraintes imposées par la loi communautaire secondaire. Toutefois, dans l'affaire Grzelczyk, la Cour a aussi infléchi l'arrêt Sala, puisqu'elle a admis qu'un recours excessif au système social de l'État d'accueil pouvait faire du citoyen une «charge déraisonnable» pour ce système et que, si cela était le cas, l'État membre pouvait mettre fin au permis de séjour du citoyen de l'Union sur son territoire ⁽⁵⁵²⁾. Cette concession faite aux préoccupations des États membres concernant le recours excessif à leur système social est toutefois beaucoup plus limitée qu'elle n'apparaît à première vue: tout d'abord, la Cour ne précise pas *quand* un citoyen devient une «charge déraisonnable» pour le système et, puisque le principe de proportionnalité s'applique toujours dans ces affaires, il semble évident qu'une demande isolée serait insuffisante pour justifier la fin du droit de séjour du citoyen et donc de ses droits à la prestation sociale ⁽⁵⁵³⁾. Ensuite, cette jurisprudence complique considérablement le cadre administratif national d'éligibilité aux prestations sociales: les citoyens de l'Union résidant légalement dans leur État d'accueil ne peuvent plus se voir refuser des prestations sociales du seul fait qu'ils sont économiquement inactifs. En fait, comme le précise la jurisprudence subséquente ⁽⁵⁵⁴⁾, les autorités administratives doivent étudier la demande pour évaluer si la charge imposée sur le système social national est «raisonnable» ou «déraisonnable», c'est-à-dire qu'elles doivent réaliser une évaluation au regard de la situation particulière du demandeur. Enfin, la Cour n'a pas spécifié si le caractère «raisonnable» de la charge imposée sur le denier public doit être évalué au regard d'une seule demande, auquel cas il ne serait quasiment jamais démenti, ou en considération du potentiel effet cumulé des demandes de plusieurs citoyens.

⁽⁵⁵⁰⁾ Article 3 de la directive 93/96/CEE du Conseil relative au droit de séjour des étudiants, 1993, JO L 317, p. 59.

⁽⁵⁵¹⁾ Affaire C-184/99, R. Grzelczyk/Centre public d'aide social d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, 2001, Rec. p. I-6193.

⁽⁵⁵²⁾ Affaire C-184/99, R. Grzelczyk/Centre public d'aide social d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, 2001, Rec. p. I-6193, point 42.

⁽⁵⁵³⁾ Ce principe est désormais codifié dans l'article 14, paragraphe 3, de la directive 2004/38/CE.

⁽⁵⁵⁴⁾ Par exemple l'affaire C-413/99, Baumbast et R/Secretary of State for the Home Department, 2002, Rec. p. I-7091, bien que cette affaire portait sur le droit de séjour plutôt que sur l'accès à des prestations. Affaire C-209/03, Bidar, 2005, Rec. p. I-2119.

L'effet expansif des dispositions sur la citoyenneté de l'Union est confirmé dans la jurisprudence suivante. Dans l'affaire Bidar ⁽⁵⁵⁵⁾, un ressortissant français menant ses études universitaires au Royaume-Uni demandait un prêt étudiant, qui lui était refusé du fait qu'il n'était pas «établi» au Royaume-Uni au sens de la législation pertinente ⁽⁵⁵⁶⁾. Il convient de rappeler que selon la directive 93/96/CEE, les étudiants étrangers n'ont pas droit aux bourses ou prêts d'entretien accordés par leur État d'accueil. Toutefois, la Cour a arrêté que puisque M. Bidar avait résidé au Royaume-Uni avant de devenir un étudiant universitaire, son droit de séjour *ne relevait pas* de la directive «Étudiants» mais de la directive 90/364/CEE, la directive générale sur le droit de séjour. Cette dernière *n'exclut pas* explicitement les bourses d'entretien. La Cour a arrêté en outre que les bourses d'entretien entraient dans le champ d'application du droit communautaire à la suite de l'adoption de la directive 2004/38/CE (même si cette directive n'était pas en vigueur au moment du jugement). Il doit néanmoins être souligné que la directive *exclut* le droit à l'égalité de traitement concernant les bourses d'entretien pour les migrants économiquement inactifs jusqu'à ce qu'ils aient obtenu un droit de séjour permanent ⁽⁵⁵⁷⁾. La Cour a néanmoins estimé que puisque ces bourses d'entretien étaient proposées aux travailleurs et aux membres de leurs familles, ainsi qu'aux résidents permanents, elles entraient dans le champ d'application du droit communautaire et que, à la suite de l'arrêt Sala, l'article 12 du traité CE s'appliquait.

L'arrêt Bidar pourrait avoir récemment été annulé, au moins en partie ⁽⁵⁵⁸⁾. Quoi qu'il en soit, c'est le raisonnement sous-jacent qui intéresse au premier chef notre analyse: le processus de déconstruction et de reconstruction n'est pas différent de celui adopté dans l'affaire Sala, à savoir exclure un individu d'une prestation qui n'est accordée qu'à «certains» citoyens n'affecte pas ses droits au titre des dispositions fondamentales du traité. De plus, la comparaison des affaires Grzelczyk et Bidar pourrait être utile pour apprécier pleinement la volonté de la Cour d'utiliser des outils d'interprétation de façon téléologique, où l'objectif est d'intégrer le citoyen non seulement dans l'État d'accueil mais aussi dans la communauté sociale de cet État. Remarquons donc comment la Cour joue avec efficacité avec la législation secondaire pour parvenir au résultat escompté: M. Grzelczyk a droit au minime parce que la directive «Étudiants» ne l'exclut pas explicitement et M. Bidar, étudiant également, peut lui recourir à la directive générale sur le droit de séjour pour contourner l'exclusion explicite du droit aux bourses d'entretien stipulée dans la directive «Étudiants».

La même approche expansive se retrouve dans l'affaire Collins ⁽⁵⁵⁹⁾. M. Collins était un citoyen irlandais qui avait déménagé au Royaume-Uni pour rechercher un emploi. Dans la semaine suivant son arrivée, il déposait une demande d'allocation chômage. L'allocation lui a été refusée au motif qu'il n'avait pas sa «résidence habituelle» au Royaume-Uni. Selon la jurisprudence existante, les demandeurs d'emploi n'avaient qu'un demi-statut dans le droit communautaire et n'avaient pas le droit de recourir à l'article 39, paragraphe 2, du traité CE relatif aux allocations chômage ⁽⁵⁶⁰⁾. La Cour a toutefois arrêté qu'avec l'institution de la citoyenneté de l'Union, il n'était plus possible d'exclure du champ d'application de l'article 39, paragraphe 2, du traité CE une prestation financière censée faci-

⁽⁵⁵⁵⁾ Affaire C-209/03, Bidar, 2005, Rec. p. I-2119; notes de C. Barnard, *Common Market Law Review*, 2005, p. 1465; voir également M. Dougan, «Fees, grants and dole cheques: who covers the cost of migrant education within the EU?», *Common Market Law Review*, vol. 42, 2005, p. 943.

⁽⁵⁵⁶⁾ Selon les règles anglaises en question, pour pouvoir prétendre à un prêt étudiant, une personne devait avoir résidé en Angleterre pendant au moins trois ans et ce séjour devait avoir pour objectif principal ou partiel la réalisation d'études à temps plein. M. Bidar avait résidé en Angleterre pendant trois ans mais dans le cadre d'une scolarité obligatoire et n'était donc pas éligible au prêt.

⁽⁵⁵⁷⁾ Article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38/CE; les migrants économiquement inactifs acquièrent le droit à l'égalité de traitement après cinq années de séjour légal (droit de séjour permanent).

⁽⁵⁵⁸⁾ Affaire C-158/07, Förster, arrêt du 18 novembre 2008, non encore publié au Recueil, présenté ci-dessous.

⁽⁵⁵⁹⁾ Affaire C-138/02, Collins, 2004, Rec. p. I-2703.

⁽⁵⁶⁰⁾ Affaire 316/85, Lebon, 1987, Rec. p. 2811.

ter l'accès à l'emploi dans l'État d'accueil. Puisque le critère de résidence habituelle était indirectement discriminatoire, dans la mesure où il était plus facile à remplir par les ressortissants nationaux, il devait être justifié. La Cour a admis que le critère de résidence avait pour objectif légitime de garantir que le demandeur avait établi un véritable lien avec le marché du travail de l'État d'accueil. Toutefois, le principe de proportionnalité exigeait que la période de résidence nécessaire à l'établissement d'une telle connexion n'excède pas la durée nécessaire pour que les autorités s'assurent du fait que la personne concernée recherchait réellement un emploi. Là encore, la Cour demande ainsi aux États membres d'étudier le cas particulier du demandeur. De plus, l'arrêt de la Cour est là aussi en désaccord avec les dispositions de la législation secondaire. En particulier, la directive 2004/38/CE, qui avait été adoptée au moment de l'arrêt (même si elle n'était pas encore en vigueur), stipule que les demandeurs d'emploi ne peuvent faire appel à l'obligation d'égalité de traitement au regard de l'octroi de prestations sociales ⁽⁵⁶¹⁾.

Ainsi, la jurisprudence sur la citoyenneté de l'Union a un impact considérable sur le droit aux prestations sociales, au-delà de ce que stipule la législation secondaire. Un point est particulièrement intéressant pour notre analyse: ce processus de déconstruction et de reconstruction du champ d'application du droit communautaire dans le but de donner effet aux dispositions sur la citoyenneté. En fait, le soin que prend la législature à limiter les catégories de personnes autorisées à solliciter des prestations sociales n'a que peu de conséquence, voire est totalement contre-productif, au regard des droits que les citoyens déduisent du droit communautaire ⁽⁵⁶²⁾.

IV. L'APPROCHE BINAIRE

Nous avons vu ci-dessus qu'après l'institution de la citoyenneté de l'Union, la Cour s'est engagée dans un processus de déconstruction et de reconstruction du champ d'application du droit communautaire qui a profondément affecté les obligations des États membres envers les citoyens de l'Union migrants. Nous avons vu également que le processus de reconstruction prend pour point de départ les dispositions du traité mais aussi la législation secondaire, ce qui a pour effet d'étendre, voire de faire voler en éclats les critères que doivent satisfaire les citoyens de l'Union pour être éligibles aux prestations sociales.

Il existe toutefois un autre élément de jurisprudence intéressant pour analyser l'impact des dispositions fondamentales du traité sur les systèmes sociaux des États membres: dans certains cas, les réglementations nationales qui appliquaient correctement les dispositions de la législation secondaire ont été pourtant jugées incompatibles avec les mesures fondamentales du traité, du moins dans le cas spécifique des affaires concernées. Ces affaires portaient sur l'accès aux soins de santé dans un État différent de celui dans lequel le demandeur était assuré.

Rappelons que l'article 22 du règlement (CEE) n° 1408/71 stipule notamment que les personnes assurées dans un État membre ont le droit, avec l'autorisation préalable de l'État membre compétent, de se rendre dans un autre État membre pour recevoir des soins de santé. Selon le règlement, cette autorisation ne peut être refusée si le traitement fait partie des prestations proposées par l'État membre compétent, et lorsque le demandeur ne peut recevoir ce traitement dans les délais normalement nécessaires pour le recevoir au regard de son état de santé et de l'évolution attendue de la maladie.

⁽⁵⁶¹⁾ Sur les questions soulevées par l'arrêt *Collins*, consulter l'argumentation de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer sur les affaires jointes C-22/08 et C-23/08, Vatsouras, présentée le 12 mars 2009, affaire encore en instance au moment de la rédaction de cet article.

⁽⁵⁶²⁾ Voir également M. Dougan, «Expanding the frontiers of European Union citizenship by dismantling the territorial boundaries of the national Member States?», dans C. Barnard et O. Odudu, *The Outer Limits of European Union Law*, Hart Publishing, 2008, p. 119.

Dans plusieurs affaires ⁽⁵⁶³⁾, le régime proposé par le règlement a atteint ses limites lorsque la Cour a arrêté que même si les demandeurs ne remplissaient pas toutes les conditions stipulées par les règlements nationaux donnant pleinement effet au règlement (CEE) n° 1408/71, ils étaient néanmoins éligibles aux prestations d'assistance en vertu de l'article 49 du traité CE. Dans l'affaire *Vanbraekel* ⁽⁵⁶⁴⁾, la question portait sur un traitement hospitalier administré par une institution dans un autre État membre que celui dans lequel le patient était affilié. Elle ne portait pas sur l'autorisation préalable, qui avait été accordée a posteriori, mais plutôt sur le niveau de remboursement. Selon les dispositions du règlement (CEE) n° 1408/71, le patient migrant a le droit de recevoir un soin de santé dans un autre État membre comme s'il était assuré dans cet État membre. Dans l'affaire en question, le remboursement accordé dans l'État d'accueil était moins avantageux que celui accordé dans l'État membre de provenance. La Cour a jugé que l'article 49 du traité CE accordait un droit de remboursement au titre des règles de l'État de provenance: si le patient entre dans le champ d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 et de l'article 49 du traité CE, il peut choisir d'être remboursé selon les règles les plus favorables. Si le patient entre uni-

quement dans le champ d'application de l'article 49 CE car il ne répond pas aux critères stipulés dans le règlement, le remboursement est toujours limité aux montants établis par l'État membre de provenance ⁽⁵⁶⁵⁾. Ensuite, dans l'affaire *Peerbooms* ⁽⁵⁶⁶⁾, la Cour a jugé que l'autorisation préalable exigée par la loi nationale pour être éligible au remboursement de frais médicaux reçus à l'étranger était un obstacle entrant dans le champ d'application de l'article 49 CE et devait par conséquent être justifié, même si le critère d'autorisation préalable est stipulé dans le règlement (CEE) n° 1408/71. Dans l'affaire *Müller Fauré* ⁽⁵⁶⁷⁾, la Cour est allée encore plus loin et a arrêté que dans le cas d'un traitement non hospitalier, le critère d'autorisation préalable était incompatible avec l'article 49 du traité CE, même si là encore ce critère est stipulé dans le règlement (CEE) n° 1408/71. Et dans l'affaire *Watts*, la Cour a indiqué clairement que l'existence de listes d'attente n'était pas une raison suffisante pour refuser à un patient l'autorisation d'aller chercher un traitement à l'étranger ⁽⁵⁶⁸⁾.

Dans toutes ces affaires, la Cour n'a pas mis en doute la compatibilité de ces règles nationales avec le régime établi par le règlement (CEE) n° 1408/71, pas plus qu'elle n'a mis en cause le régime établi par le règlement lui-même. Pourtant, elle a jugé que les règles nationales examinées étaient incompatibles avec l'article 49 du traité CE. La question est alors de savoir comment rétablir la compatibilité entre le régime proposé par le règlement, qui pose le critère d'autorisation préalable, et la jurisprudence de la Cour. Après tout, si le critère d'autorisation préalable est une entrave au droit de libre circulation stipulé dans l'article 19 du traité CE et doit être justifié; s'il est, dans certains cas, incompatible avec le droit communautaire, alors l'article 22, para-

⁽⁵⁶³⁾ Ces affaires sur les soins de santé ont donné lieu à de vifs débats théoriques; voir par exemple P. Cabral, «Cross-Border Medical Care in Europe: Bringing Down a First Wall», *European Law Review*, vol. 24, 1999, p. 387; A. P. Van der Mei, «Cross-border access to medical care in the European Union — Some reflections on the judgments, *Decker and Kohli*», *MJ*, vol. 5, 1998, p. 277; M. Fuchs, «Free Movement of Services and Social Services: Quo Vadis?», *European Law Journal*, vol. 8, 2002, p. 536; E. Steyger, «National Health Care Systems Under Fire (but not too heavily)», *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 29, 2002, p. 97; A. P. Van der Mei, «Cross-border access to medical care in the European Union — Some reflections on *Garaets-Smits* and *Peerbooms* and *Vanbraekel*», *MJ*, vol. 9, 2002, p. 189; G. Davies, «Welfare as a Service», *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 29, 2002, p. 27, et V. Hatzopoulos, «Killing the National Health Systems but Healing the Patients? The European market for health care after the judgement of the ECJ in *Vanbraekel* and *Peerbooms*», *Common Market Law Review*, vol. 39, 2002, p. 683; E. Spaventa, «Public Services and European Law: Looking for Boundaries», *CYELS*, vol. 5, 2002-03, p. 271; T. Hervey, «Mapping the Contours of European Union Health Law and Policy», *European Public Law*, vol. 8, 2002, p. 69; A. Dawes, «Bonjour Herr Doctor»: national health care systems, the internal market and cross-border medical care within the European Union», *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 33, 2006, p. 167; G. Davies, «Competition, Free Movement and Consumers of Public Services», *European Business Law Review*, vol. 17, 2006, p. 95; C. Newdick, «Citizenship, Free Movement and Health Care: Cementing Individual Rights by Corroding Social Solidarity», *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, p. 1645.

⁽⁵⁶⁴⁾ Affaire C-368/98, *Abdon Vanbraekel e.a./Alliance nationale des mutualités chrétiennes*, 2001, Rec. p. I-5363.

⁽⁵⁶⁵⁾ Voir également l'affaire C-385/99, *Müller Fauré/Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA*, et van Riet/Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen, 2003, Rec. p. I-4509.

⁽⁵⁶⁶⁾ Affaire C-157/99, B. S. M. Garaets-Smits/Stichting Ziekenfonds VGZ et *Peerbooms/Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, 2001, Rec. p. I-5473.

⁽⁵⁶⁷⁾ Affaire C-385/99, *Müller Fauré/Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA*, et van Riet v. *Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen*, 2003, Rec. p. I-4509.

⁽⁵⁶⁸⁾ Affaire C-372/04, *Watts*, 2006, Rec. p. I-4325.

graphe 1, point c), du règlement (CEE) n° 1408/71, qui exige ladite autorisation préalable, doit aussi être déclaré incompatible avec les dispositions fondamentales du traité ⁽⁵⁶⁹⁾.

Cette divergence, qui survient de la même façon concernant les critères d'éligibilité au droit de séjour dans le contexte de la citoyenneté, est donc difficile à expliquer. À la suite de l'arrêt *Baumbast* ⁽⁵⁷⁰⁾, Michael Dougan et moi-même avons avancé que la Cour avait introduit un clivage dans l'interprétation de la relation entre législation primaire et législation secondaire concernant la citoyenneté de l'Union ⁽⁵⁷¹⁾. Les droits fondamentaux stipulés dans les directives relatives au droit de séjour, précédemment au nombre de trois, et désormais par la directive 2004/38/CE, constituent la base des droits accordés aux citoyens de l'Union. S'ils satisfont ces critères, ils sont automatiquement éligibles au droit de séjour. Cela est également vrai pour la prestation de soins de santé à l'étranger, en vertu du règlement (CEE) n° 1408/71 (et probablement pour beaucoup, voire tous les droits garantis par le règlement): si le patient reçoit une autorisation préalable, ou s'il satisfait aux critères d'obtention d'une autorisation préalable, il a le droit d'aller dans un autre État membre pour y recevoir des prestations en nature s'il était assuré dans le premier. Toutefois, si le citoyen ne remplit pas les critères fondamentaux imposés par la législation secondaire de la Communauté — qu'il s'agisse de la directive 2004/38/CE ou du règlement (CEE) n° 1408/71 —, il peut disposer, en vertu de la légis-

lation primaire, de droits à la fois plus limités et plus extensifs que ceux accordés par la législation secondaire. En effet la législation primaire est plus extensive parce qu'elle va clairement au-delà des dispositions de la législation secondaire, mais également plus limitée puisqu'elle dépend de l'évaluation des circonstances factuelles en jeu et du caractère justifié et proportionné du refus de ce droit par l'État membre. Le fait qu'il faille désormais considérer la législation secondaire et les dispositions fondamentales du traité comme les valeurs plancher et plafond, respectivement, des droits accordés par la loi communautaire a été indirectement confirmé par l'arrêt *Vanbraekel* susmentionné, dans lequel la Cour a jugé que lorsque le patient entrait dans le champ d'application du règlement (CEE) n° 1408/71, il pouvait choisir entre le niveau de remboursement accordé par ce dernier (c'est-à-dire par l'État d'accueil) et celui stipulé dans l'article 49 du traité CE (celui octroyé par l'État d'origine).

L'approche binaire qui ressort de la jurisprudence, si elle peut choquer les États membres peu enclins à accepter ces nouvelles charges pesant sur les finances publiques, en particulier lorsqu'elles découlent de ce que l'on peut considérer comme un contournement de compromis politiques construits avec application, peut être envisagée comme une évolution des principes établis sur la libre circulation des personnes. À cet égard, depuis les années 70, la Cour indique clairement que les droits découlant directement du traité peuvent être précisés par la législation secondaire, mais ne sont pas en soi «établis» par cette jurisprudence ⁽⁵⁷²⁾. Observée dans cette perspective, la jurisprudence semble moins surprenante: la Cour, en effet, a toujours considéré que les limites imposées par la législation secondaire ne sont pas nécessairement concluantes. Elles peuvent être légitimes en essence, car satisfaisant ce qui est perçu par les ins-

⁽⁵⁶⁹⁾ La Commission a proposé une nouvelle directive codifiant la jurisprudence sur la prestation de soins de santé: proposition de directive relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, COM(2008) 414 final. La proposition a été approuvée avec ses amendements par le Parlement européen le 23 avril 2009.

⁽⁵⁷⁰⁾ Voir l'affaire C-413/99, *Baumbast* et *R/Secretary of State for the Home Department*, 2002, Rec. p. I-7091.

⁽⁵⁷¹⁾ M. Dougan et E. Spaventa, «Educating Rudy and the (non-)English patient: A double-bill on residency rights under Article 18 EC», *European Law Review*, vol. 28, 2003, p. 699; voir également M. Dougan, «The constitutional dimension to the case law on Union citizenship», *European Law Review*, vol. 31, 2006, p. 613; E. Spaventa, *Free Movement of Persons in the European Union — Barriers to movement in their constitutional context*, Kluwer Law International, 2007, en particulier les chapitres 6 et 7; E. Spaventa, «Seeing the woods despite the trees? On the scope of Union citizenship and its constitutional effects», *Common Market Law Review*, vol. 45, 2008, p. 13.

⁽⁵⁷²⁾ Par exemple l'interprétation de l'exception d'ordre public, ou le fait que les documents exigés par la législation secondaire sont de simples preuves justificatives du droit à l'étude et ne sont pas constitutifs de ces droits. Voir par exemple l'affaire C-459/99, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie (MRAX)* ASBL/Belgique, 2002, Rec. p. I-6591.

titutions politiques comme un intérêt public légitime, mais ne peuvent pas prévaloir sur l'interprétation de la Cour des dispositions fondamentales du traité (même si elles peuvent l'orienter). C'est à elle que revient exclusivement la faculté de décider des limites des droits accordés par le traité: la législation secondaire donne simplement effet à ces droits. Naturellement, le contenu des dispositions du traité, comme celui des droits constitutionnels, évolue avec le temps, alors que les dispositions fondamentales sont par nature moins dynamiques. Cette approche binaire est donc parfaitement sensée du point de vue constitutionnel, même si elle peut froisser quelques sensibilités politiques.

V. L'EXPORTABILITÉ DES PRESTATIONS AU-DELÀ DU RÈGLEMENT (CEE) N° 1408/71

L'approche binaire adoptée, avec la législation secondaire d'une part et les dispositions du traité de l'autre, a d'importantes répercussions sur l'exportabilité des prestations au-delà de ce que prévoient les dispositions du règlement (CEE) n° 1408/71. En l'occurrence, la combinaison du droit de libre circulation garanti par l'article 18 du traité CE et de la technique d'interprétation de la Cour (approche binaire et approche Sala) remettent en question les critères de résidence exigés pour accéder aux prestations mentionnées dans le règlement (CEE) n° 1408/71, même si ces critères de résidence sont compatibles avec le règlement. Ainsi, une fois encore, le fait qu'une restriction soit cohérente avec le régime prescrit par la législation secondaire ne suffit pas à garantir sa compatibilité avec le droit communautaire.

L'affaire De Cuyper portait sur un critère de résidence en rapport à une allocation chômage⁽⁵⁷³⁾. M. De Cuyper recevait cette allocation de la Belgique, et parce qu'il avait plus de 50 ans, il était

exempté de l'obligation de se plier aux procédures de contrôle nationales. Toutefois, la prestation restait conditionnée au fait qu'il réside sur le territoire belge. Après un contrôle, les autorités, qui ont découvert que M. De Cuyper vivait en France, ont supprimé la prestation et ont demandé le remboursement des sommes qui avaient été versées alors que M. De Cuyper résidait en France. M. De Cuyper a argumenté que le critère de résidence était une restriction à son droit de libre circulation et de résidence dans l'UE garanti par l'article 18 du traité CE. La Cour a jugé que la prestation en question était effectivement une allocation chômage qui, selon les dispositions du règlement (CEE) n° 1408/71, pouvait être soumise à une condition de résidence sur le territoire de l'État prestataire de l'allocation⁽⁵⁷⁴⁾. Toutefois, la Cour a aussi arrêté que puisque le critère de résidence était une entrave au droit des citoyens européens de circuler et de résider partout dans l'Union, elle entraînait dans le champ d'application de l'article 18 du traité CE, même si le règlement (CEE) n° 1408/71 l'autorisait. Pour cette raison, le critère devait être justifié, c'est-à-dire avoir un intérêt légitime et être proportionné et nécessaire à la réalisation de cet objectif. Dans l'affaire en question, le critère de résidence était justifié puisque les autorités devaient pouvoir contrôler le respect des exigences légales qui conditionnaient l'octroi de l'allocation⁽⁵⁷⁵⁾.

Le fait que le critère de résidence soit justifié dans cette affaire ne doit pas détourner notre attention de l'importance du jugement. Comme nous l'avons déjà vu dans les affaires sur les soins de santé, ainsi que dans les autres affaires sur la citoyenneté, le fait que la législation secondaire autorise un certain comportement de la part de l'État membre ne met plus les règles nationales à l'abri de l'examen: le caractère justifié ou non justifié du critère de résidence condi-

⁽⁵⁷³⁾ Affaire C-406/04, De Cuyper, 2006, Rec. p. I-6947; voir aussi M. Cousins, «Citizenship, Residence and Social Security», *European Law Review*, 2007, p. 386.

⁽⁵⁷⁴⁾ Voir les conditions stipulées à l'article 69, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 1408/71.

⁽⁵⁷⁵⁾ Voir également l'affaire C-228/07, Petersen, arrêt du 11 septembre 2008, non encore publié au Recueil, dans lequel la Cour a jugé qu'un critère de résidence conditionnant l'octroi d'une allocation chômage était une entrave à la libre circulation des travailleurs (puisque'il était appliqué à un travailleur migrant qui était revenu résider dans son État d'origine) et que, dans l'affaire en question, il n'était pas justifié.

tionnant l'octroi de prestations non contributives dépendra donc essentiellement des faits en présence dans l'affaire examinée. De plus, cette jurisprudence n'est pas sans poser certains problèmes pratiques: les autorités qui gèrent les demandes de prestations sociales ont déjà fort à faire pour vérifier l'éligibilité aux prestations demandées, ainsi que pour lutter contre les risques de fraudes à la prestation. La jurisprudence de la Cour introduit un nouveau degré de complexité puisque les règles doivent désormais être non seulement proportionnées en théorie, mais aussi au regard des faits spécifiques de l'affaire étudiée. Ceci est bien illustré par l'affaire Hendrix ⁽⁵⁷⁶⁾, qui portait sur une allocation pour jeunes handicapés. L'allocation venait s'ajouter au revenu que le demandeur handicapé retirait d'un travail subventionné dans le cadre d'un programme gouvernemental hollandais. M. Hendrix recevait l'allocation jusqu'à ce qu'il déplace sa résidence des Pays-Bas vers la Belgique, raison pour laquelle on lui avait retiré cette allocation.

Au titre du règlement (CEE) n° 1408/71, la Cour a considéré l'allocation comme une allocation non contributive spéciale qui pouvait donc être légitimement réservée aux personnes résidant sur le territoire national ⁽⁵⁷⁷⁾. La Cour a jugé toutefois que M. Hendrix devait être considéré comme un travailleur migrant entrant dans le champ d'application du règlement (CEE) n° 1612/68 et de l'article 39 du traité CE. Ensuite, la Cour a arrêté que la prestation en question pouvait être qualifiée d'«avantage social». Elle a alors souligné que le règlement (CEE) n° 1612/68 stipule explicitement qu'il n'affecte pas les règles adoptées au titre de l'article 42, y compris le règlement (CEE) n° 1408/71. Néanmoins, la Cour a également statué que l'article 7, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 1612/68 est l'expression spécifique du principe d'égalité stipulé dans l'article 39, paragraphe 2, du traité CE, et ne doit donc pas être interprété de la même façon. Par conséquent, le critère de résidence devait être justifié et être propor-

tionné à la réalisation de l'objectif recherché. La Cour a ensuite jugé que si un critère de résidence était en principe justifié, sa proportionnalité dans l'affaire en question devait être évaluée par le juge national. Ainsi, puisque selon la législation hollandaise, il était possible de déroger au critère de résidence s'il donnait lieu à une «injustice majeure», la CJCE a demandé au juge national d'interpréter la législation à la lumière du droit communautaire et de tenir compte en particulier du fait que M. Hendrix avait fait valoir ses droits au titre de l'article 39 du traité CE et qu'il avait conservé un lien avec les Pays-Bas ⁽⁵⁷⁸⁾.

L'approche binaire selon laquelle le régime établi dans la législation secondaire n'est pas déterminant, même s'il est compatible avec le traité, affecte profondément la non-exportabilité des prestations. Par conséquent, si une prestation peut être exportée au titre du régime établi par le règlement (CEE) n° 1408/71, l'exportabilité sera une question de droit. Toutefois, dans les cas où la prestation ne fait pas partie de celles dont l'exportabilité est stipulée dans la législation secondaire, le demandeur entre quoi qu'il en soit dans le champ d'application du droit communautaire et il revient à l'État membre de justifier la restriction. De plus, alors même que le critère de résidence sera plus facile à justifier pour les prestations exigeant que les autorités puissent effectuer des contrôles, ces autorités pourraient devoir prendre en considération les circonstances précises concernant le demandeur.

VI. IMPACT DE LA CITOYENNETÉ DE L'UNION SUR LES PRESTATIONS PRÉCÉDEMMENT EXCLUES DU DROIT COMMUNAUTAIRE

L'institution de la citoyenneté de l'Union a également eu un effet global sur la possibilité d'exporter

⁽⁵⁷⁶⁾ Affaire C-287/05, Hendrix, 2007, Rec. p. I-6909.

⁽⁵⁷⁷⁾ Voir l'article 10, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 1408/71 et paragraphe 38 du jugement.

⁽⁵⁷⁸⁾ Sur la notion de lien réel, voir C. O'Brien, «Real links, abstract rights and false alarms: the relationship between the ECJ's «real links» case law and national solidarity», *European Law Review*, vol. 33, 2008, p. 643.

des prestations qui sortaient précédemment du champ d'application du droit communautaire, par exemple les pensions de guerre qui, selon la jurisprudence constante, n'entraient pas dans le champ d'application du traité avant l'introduction de la citoyenneté ⁽⁵⁷⁹⁾.

Il faut ici prendre garde de bien comprendre le raisonnement qui sous-tend la jurisprudence: il ne s'agit pas de faire entrer ces prestations dans le champ d'application du droit communautaire, mais plutôt de faire entrer dans celui de l'article 18 du traité CE toutes les entraves à la liberté de circulation et de résidence dans un autre État membre. Cette distinction est d'une extrême importance lorsqu'il s'agit d'appliquer le principe d'égalité de traitement: puisque ces prestations n'entrent pas dans le champ d'application du droit communautaire, un citoyen d'une autre nationalité ne peut prétendre les recevoir. Toutefois, un bénéficiaire autorisé — au titre de la loi nationale — à demander par exemple une pension accordée aux victimes civiles de la guerre, ou autre pension de guerre de ce type, peut avoir le droit de transférer sa résidence dans un autre État membre sans pour autant perdre son droit à la prestation en question. Dans le cas contraire, son droit de libre circulation serait gravement affecté: si la pension ou la prestation constitue la source principale de revenus du demandeur, il serait dans l'incapacité d'exercer son droit de libre circulation accordé par le droit communautaire, par crainte de perdre cette prestation.

Prenons par exemple l'affaire Nerkowska ⁽⁵⁸⁰⁾: M^{me} Nerkowska était une citoyenne polonaise qui avait été déportée en Russie pendant la guerre et qui, en plus d'avoir perdu ses parents, avait connu de graves problèmes de santé à la suite de sa déportation. La loi polonaise lui accordait donc

une pension, mais cette pension était conditionnée par le fait qu'elle réside en Pologne, alors que M^{me} Nerkowska résidait en Allemagne. La Cour a arrêté que le critère de résidence était une atteinte disproportionnée au droit de M^{me} Nerkowska de circuler librement. D'une part, si le critère de résidence avait pour but de garantir que le demandeur avait un lien suffisant avec le territoire de l'État prestataire de l'allocation, il était alors disproportionné puisque M^{me} Nerkowska était de nationalité polonaise, avait travaillé et résidé en Pologne pendant vingt ans et avait donc établi une connexion suffisante avec la société polonaise. D'autre part, si les autorités nationales devaient la soumettre à des contrôles de santé administratifs, ils pouvaient lui demander de retourner en Pologne de façon ponctuelle. Le critère de résidence était donc disproportionné.

Comme mentionné plus haut, cette jurisprudence n'a pas pour effet d'élargir le champ d'application du droit communautaire en lui intégrant des prestations qui en étaient précédemment exclues, mais de limiter la capacité des États membres à restreindre indirectement la circulation des citoyens en exigeant que les bénéficiaires résident sur le territoire national. La distinction est importante puisque si la prestation entrait dans le champ d'application matériel du traité, les États membres devraient justifier les refus d'octroi clairement corrélés à la nationalité des ressortissants étrangers. Ceci a été confirmé dans l'affaire Baldinger ⁽⁵⁸¹⁾ par la Cour, qui a jugé qu'une pension de guerre n'entrait pas dans le champ d'application du droit communautaire [dans ce cas, du règlement (CEE) n° 1612/68 et de l'article 39, paragraphe 2]. Toutefois, tout critère de résidence imposé par un État membre comme condition d'éligibilité à l'octroi de prestations entre désormais dans le champ d'application de l'article 18 du traité CE et doit par conséquent être justifié.

⁽⁵⁷⁹⁾ Par exemple l'affaire 207/78, *Even*, 1979, Rec. p. 2019; affaire C-315/94, *de Vos*, 1996, Rec. p. I-1417.

⁽⁵⁸⁰⁾ Affaire C-499/06, *Nerkowska*, 2008 Rec. p. I-3993; voir aussi l'affaire C-192/05, *Tas-Hagen and Tas*, 2006, Rec. p. I-10451; et l'affaire C-221/07, *Krystyna Zablocka-Weyhermüller*, jugement du 12 décembre 2008, non encore publié au Recueil.

⁽⁵⁸¹⁾ Affaire C-386/02, *Baldinger*, 2004, Rec. p. I-8411.

VII. L'ARRÊT FÖRSTER ET L'IMPACT DE LA DIRECTIVE 2004/38/CE

Une autre question d'ordre plus général se pose: la directive 2004/38/CE aura-t-elle un impact sur la jurisprudence de la Cour? La réponse ne peut être que spéculative. D'une part, la directive codifie l'essentiel de la jurisprudence sur la citoyenneté et la libre circulation des personnes existant à l'heure de la rédaction de cet article. En l'occurrence, la directive intègre clairement à la fois le principe de proportionnalité et l'approche progressive des droits aux prestations sociales ⁽⁵⁸²⁾. Ainsi, si la directive confirme les critères de suffisance des ressources et de couverture santé complète pour les citoyens économiquement inactifs résidant dans l'État d'accueil au-delà de trois mois ⁽⁵⁸³⁾, elle stipule aussi clairement que le recours aux prestations d'assistance sociale de l'État d'accueil ne peut pas provoquer automatiquement l'expulsion du citoyen ⁽⁵⁸⁴⁾. La directive prévoit en outre un droit de séjour permanent, acquis après cinq années de résidence légale dans l'État d'accueil ⁽⁵⁸⁵⁾. Lorsque le citoyen est devenu un résident permanent, il a le droit de revendiquer l'égalité de traitement quelle que soit son activité économique. La directive codifie ainsi en quelque sorte l'idée de «lien réel» en établissant que l'existence de ce lien est présumée lorsque le citoyen a résidé cinq ans dans l'État d'accueil.

En revanche, les dispositions de la directive semblent plus restrictives que la jurisprudence analysée ci-dessus. En particulier, l'article 24, paragraphe 2, stipule que les citoyens économiquement inactifs et les demandeurs d'emploi n'ont pas droit aux prestations sociales au cours de leurs trois premiers mois de résidence, voire plus longtemps pour

les demandeurs d'emploi s'ils prolongent leur séjour dans l'État d'accueil. De plus, les citoyens économiquement inactifs ne peuvent solliciter ni bourses d'études ni prêts étudiants avant d'avoir obtenu un titre de séjour permanent. Comme indiqué plus haut, ces dispositions semblent incohérentes avec le raisonnement adopté par la Cour dans les affaires Collins et Bidar. Rappelons que dans l'affaire Collins, la Cour a arrêté que, si le critère de résidence était justifié pour donner droit à une allocation chômage, il devait être limité à une période suffisante pour que les autorités s'assurent que le demandeur d'emploi avait construit un lien réel avec le marché de l'emploi de son État d'accueil ⁽⁵⁸⁶⁾. L'article 24, paragraphe 2, exclut toutefois le droit à toute prestation sociale pour les personnes en recherche d'emploi. De même, dans l'affaire Bidar, la Cour a jugé qu'un étudiant pouvait prétendre à un prêt d'entretien s'il avait établi un lien réel avec son État d'accueil ⁽⁵⁸⁷⁾. Dans cette affaire, M. Bidar avait résidé au Royaume-Uni pendant trois ans, bien moins que les cinq années aujourd'hui exigées par la directive 2004/38/CE. La question est donc de savoir si la Cour acceptera de revoir la jurisprudence passée ou si elle persistera dans son approche binaire de la législation secondaire, selon laquelle si un citoyen satisfait aux conditions stipulées dans la directive 2004/38/CE, il peut automatiquement bénéficier des droits qu'elle établit, mais s'il ne les satisfait pas, le principe de proportionnalité s'applique et ses droits dépendent essentiellement des faits de l'affaire étudiée.

De l'avis de l'auteur, la réponse est mitigée et en essayant de prévoir comment la jurisprudence pourrait se développer, nous devons nous rappeler les principes constitutionnels développés par la Cour, mais aussi les motifs de leur développement. En d'autres termes, nous devons distinguer les principes constitutionnels «définitifs» élaborés par la Cour concernant la citoyenneté de l'Union, qui doivent continuer à s'appliquer, et les affaires dans les-

⁽⁵⁸²⁾ Voir également Barnard, «Annotation on *Bidar*», *Common Market Law Review*, vol. 42, 2005, p. 1465, qui parle d'une «approche quantitative» de l'égalité de traitement (p. 1468) et, du même auteur, «EU citizenship and the principle of solidarity», dans M. Dougan et E. Spaventa (eds), *Social Welfare and EU law*, Hart Publishing, 2005, chapitre 8.

⁽⁵⁸³⁾ Voir article 7, paragraphe 1, point b), de la directive 2004/38/CE.

⁽⁵⁸⁴⁾ Voir article 14, paragraphe 3, de la directive 2004/38/CEE.

⁽⁵⁸⁵⁾ Voir l'article 16 de la directive 2004/38/CE.

⁽⁵⁸⁶⁾ Affaire C-138/02, Collins, 2004, Rec. p. I-2703.

⁽⁵⁸⁷⁾ Affaire C-209/03, Bidar, 2005, Rec. p. I-2119.

quelles le résultat final découle essentiellement des circonstances spécifiques en jeu et qui ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une application plus large. Partant de cette dernière situation, une indication utile, quoique confuse, de la possible évolution de la jurisprudence, nous est donnée par l'arrêt récemment prononcé dans l'affaire Förster ⁽⁵⁸⁸⁾.

Dans cette affaire, M^{me} Förster, citoyenne allemande, s'est rendue aux Pays-Bas pour étudier et suivre une formation d'enseignante. Pendant ses études, elle a occupé différents emplois et recevait une bourse d'entretien au titre de son statut de travailleur. Toutefois, après un contrôle, l'organisme prestataire a découvert qu'elle n'avait pas exercé de travail rémunéré sur une période d'environ six mois et a demandé le remboursement de la bourse d'entretien pour la période pendant laquelle elle n'avait pas été économiquement active. Selon les règles hollandaises, les citoyens économiquement inactifs ne peuvent prétendre à des bourses d'entretien qu'après cinq années de résidence, alors qu'à l'époque où elle n'était pas employée, M^{me} Förster n'avait résidé aux Pays-Bas qu'un peu plus de trois ans. M^{me} Förster a affirmé que l'arrêt Bidar s'appliquait à son affaire et qu'elle devait avoir droit à un traitement égal puisqu'elle avait démontré un lien suffisant avec son État d'accueil. Il doit aussi être souligné qu'après obtention de son diplôme, M^{me} Förster a trouvé un emploi et est donc restée aux Pays-Bas.

La Cour a jugé que le critère des cinq années de résidence était justifié et qu'il ne dépassait pas la durée nécessaire pour assurer que le citoyen de l'Union était intégré à la société de l'État membre. La Cour a distingué l'affaire à l'étude de l'arrêt Bidar en s'appuyant sur le fait qu'au regard des règles britanniques pertinentes dans cette dernière affaire, les étudiants ne pouvaient jamais être éligibles aux bourses d'entretien, puisque les périodes de résidence pour études n'étaient pas prises en compte dans la durée totale de résidence. Dans l'affaire

Förster en revanche, le motif de résidence aux Pays-Bas n'était pas considéré pour établir la durée de résidence nécessaire.

La portée de l'arrêt Förster pourrait fort bien aller au-delà des affaires portant sur des bourses d'entretien et remettre en question la validité de la jurisprudence sur la citoyenneté, voire sur les services de santé. À cet égard, et de l'avis de l'auteur, le changement le plus important est le retour à l'analyse abstraite des règles en question, plutôt que l'évaluation de la proportionnalité des règles vis-à-vis des faits dans l'affaire concernée. Avant l'affaire Förster, la jurisprudence était étroitement centrée sur le demandeur en tant qu'individu, avec tous les problèmes que cela pouvait susciter pour les autorités administratives, mais sans réelle attention à la proportionnalité de la réponse de l'État à l'affaire en question. Ainsi, la notion de «lien réel» qui justifiait les demandes de services sociaux auprès de l'État d'accueil était évaluée au regard de l'affaire en question et semblait vouloir distinguer les «bons» demandeurs (ceux qui rencontraient des difficultés temporaires — Grzelcyk —, ceux qui étaient dans des situations véritablement exceptionnelles et n'essayaient pas d'exploiter indûment la générosité de l'État d'accueil — Bidar —, deux demandeurs de bonne foi — Sala, Collins) des «mauvais», à savoir les migrants en quête de prestations. Pourtant, dans l'affaire Förster, la Cour a globalement ignoré la situation de M^{me} Förster qui était de toute évidence une demandeuse de bonne foi (qui avait occupé des emplois rémunérés, avait l'intention de rester dans le pays et avait trouvé un poste salarié aux Pays-Bas) pour retourner à une évaluation abstraite des règles en jeu. Elle a également ignoré les attentes légitimes que sa propre jurisprudence avait pu créer, pour parvenir à un résultat (le remboursement de la bourse perçue) aussi surprenant qu'injuste pour le demandeur.

Selon nous, l'affaire Förster est un signe évident de la volonté de la Cour d'accepter les choix législatifs dans la mesure où ils sont généralement justifiés. En d'autres termes, l'arrêt Förster semble indiquer

⁽⁵⁸⁸⁾ Affaire C-158/07, Förster, arrêt du 18 novembre 2008, non encore publié au Recueil.

que la Cour légitime le fait que les aides aux étudiants soient limitées à ceux qui ont un lien économique avec le pays [parce qu'ils sont eux-mêmes économiquement actifs ⁽⁵⁸⁹⁾ ou parce qu'ils sont les enfants de citoyens économiquement actifs] et à ceux qui ont établi un véritable lien avec le pays d'accueil par un séjour très prolongé. De plus, l'arrêt Förster doit aussi être considéré dans le contexte d'une jurisprudence récente où la Cour a exploré l'effet potentiel des dispositions relatives à la citoyenneté sur l'exportabilité des aides octroyées aux étudiants par le pays d'origine ⁽⁵⁹⁰⁾. De l'avis de l'auteur, la jurisprudence est plus susceptible de faire prévaloir à l'avenir le soutien apporté par l'État d'origine, afin que de moins en moins d'États membres puissent entraver la circulation des étudiants en réservant leur soutien à ceux qui s'inscrivent dans des universités sur leur territoire. Nous pourrions observer ici une évolution similaire à celle qui s'est produite pour les services de soins, et les États membres pourraient être dans l'obligation d'autoriser l'étudiant à transférer vers un autre État membre le soutien qu'il aurait reçu dans son État natal. En outre, le retour à une évaluation plus abstraite de la légitimité des règles en jeu pourrait être le signe du développement d'une jurisprudence plus mature.

L'affaire Förster reste néanmoins très confuse et permet de se demander dans quelle mesure la jurisprudence sur la citoyenneté reste une bonne législation. Il se peut que ce jugement ne soit appliqué qu'aux aides pour étudiants, peut-être parce qu'il s'agit d'un domaine où la mobilité est plus grande et moins uniforme parmi les États membres, et où l'impact économique d'une interprétation générale des dispositions du traité pourrait être ressenti plus lourdement. Dans les autres affaires, l'impact des choix politiques affirmés dans la directive 2004/38/CE sur la jurisprudence de la Cour pourrait

être plus limité. Nous avons rappelé précédemment que dans l'affaire Collins, la Cour avait indiqué que l'État membre pouvait refuser une allocation chômage à un demandeur d'emploi migrant dans la mesure où ce dernier n'avait pas encore établi de lien véritable avec le marché de l'emploi de son État d'accueil. Par ailleurs, l'article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38/CE stipule que les États membres n'ont pas l'obligation d'accorder une assistance sociale aux demandeurs d'emploi. Et l'article 14 de la directive 2004/38/CE indique que le recours à l'assistance sociale ne doit pas déclencher l'expulsion automatique du citoyen de l'Union (même s'il est en recherche d'emploi) et que le demandeur d'emploi est en droit de séjourner au-delà des trois premiers mois sans avoir à remplir aucun autre critère s'il peut démontrer qu'il a une véritable possibilité de trouver un emploi. Désormais il est possible qu'en dépit de la formulation explicite de la directive, un demandeur d'emploi ayant démontré qu'il avait une véritable possibilité de trouver un emploi (c'est-à-dire dont le séjour se prolonge au-delà de trois mois) puisse aussi avoir établi un lien réel avec le marché du travail de son État d'accueil et puisse par conséquent revendiquer une allocation chômage ⁽⁵⁹¹⁾. Sur un plan plus général, et malgré un choix législatif d'une absolue clarté, le principe de proportionnalité est devenu un principe constitutionnel qui ne peut pas être ignoré par la législature.

VIII. CONCLUSIONS

Au fil de notre analyse de l'impact des dispositions du traité relatives à la citoyenneté et à la liberté de circulation sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, nous nous sommes concentrés sur les effets «constitutionnels» de la jurisprudence, c'est-à-dire sur la jurisprudence susceptible d'avoir à l'avenir des implications sur l'accès aux prestations sociales quels que soient les régimes prévus

⁽⁵⁸⁹⁾ Voir par exemple l'affaire C-413/01, Ninni-Orasche, 2003, Rec. p. I-13187.

⁽⁵⁹⁰⁾ Voir les affaires jointes C-11/06 et C-12/06, Morgan and Bucher, 2007, Rec. p. I-9161, et l'affaire C-76/05, Schwarz and Gootjes — Schwarz, 2007, Rec. p. I-6849, notes de M. Dougan, «Cross-border educational mobility and the exportation of students financial assistance», *European Law Review*, vol. 33, 2008, p. 723.

⁽⁵⁹¹⁾ Sur ce point, voir également les conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dans les affaires jointes C-22/08 et C-23/08, Vatsouras, présentées le 12 mars 2009, affaires encore en instance au moment de la rédaction de cet article.

par la législation secondaire. Cette jurisprudence se caractérise par une approche expansionniste et par le développement de nouvelles techniques d'interprétation pour améliorer les droits des citoyens de l'Union sans pour autant interférer avec la validité de la législation secondaire adoptée avant l'institution de la citoyenneté de l'Union. Si les implications de cette jurisprudence sont de grande importance d'un point de vue constitutionnel, ses conséquences sur les prestations sociales d'un point de vue pratique pourraient s'avérer plus limitées.

En particulier, le droit d'un citoyen de l'Union à solliciter des prestations sociales dans un État d'accueil au-delà de ce qu'accorde la législation secondaire est limité par la possibilité des États membre de justifier l'imposition d'un critère de résidence pour garantir que les demandeurs ont établi un lien véritable et non pas simplement provisoire avec la communauté d'accueil. À cet égard, d'un point de vue pratique, la jurisprudence a un impact limité sur les demandeurs économiquement inactifs: d'une part, avant que le citoyen de l'Union ne puisse être éligible à un droit de séjour supérieur aux trois premiers mois, il doit remplir les critères d'indépendance économique et de couverture santé complète (ou quasiment complète) ⁽⁵⁹²⁾. Si ces conditions ne sont pas remplies, il revient à l'État membre de refuser le droit de séjour et donc d'éliminer la possibilité d'exploitation abusive de ses prestations sociales. En outre, il est très peu probable qu'un citoyen économiquement inactif n'ayant résidé dans un État d'accueil que pendant trois mois ait créé avec la société d'accueil un «lien réel» suffisant pour solliciter une dérogation à la condition de ressources ou de couverture santé. En revanche, si une demande ponctuelle de prestations sociales, une difficulté temporaire, n'est pas suffisante pour mettre fin au droit de séjour, des demandes répétées pourraient très bien placer le citoyen dans la catégorie «charge déraisonnable».

⁽⁵⁹²⁾ Voir l'affaire C-413/99, *Baumbast et R/Secretary of State for the Home Department*, 2002, Rec. p. I-7091.

Dans ce domaine, une zone d'ombre émergera pour les citoyens qui ont résidé dans le pays d'accueil suffisamment longtemps (disons quatre ans) pour y avoir créé un «lien réel», mais qui ne sont pas encore des résidents permanents. Il est probable que dans ce cas, comme le remarque M. Barnard ⁽⁵⁹³⁾, la durée de séjour sera pertinente pour évaluer si le citoyen représentant une charge «raisonnable» devient une charge «déraisonnable». Ceci étant, on ne peut exclure que la Cour s'en tiendra désormais aux dispositions de la directive 2004/38/CE et abordera l'éligibilité aux prestations sociales non plus d'un point de vue constitutionnel mais de façon plus traditionnelle, comme elle l'a montré dans l'affaire *Förster*.

Par ailleurs, l'impact des dispositions sur la citoyenneté pourrait se faire sentir davantage sur la réinterprétation du droit de libre circulation économique et l'éligibilité aux prestations sociales dans le cadre du règlement (CEE) n° 1408/71 ou du règlement (CEE) n° 1612/68. Dans ces domaines, la Cour a utilisé les évolutions qui se sont déroulées depuis le traité de Maastricht comme des outils d'ouverture du potentiel inhérent à la législation primaire mais aussi secondaire. Ainsi, dans l'affaire *Gaumain-Cerri* ⁽⁵⁹⁴⁾ par exemple, la Cour a indiqué clairement qu'il n'était plus nécessaire d'enquêter scrupuleusement pour savoir si le demandeur entraînait dans le champ d'application personnel du règlement (CEE) n° 1408/71 puisque l'effet combiné de la citoyenneté de l'Union et du principe de non-discrimination donnerait le même résultat que l'application du règlement. Et comme nous l'avons vu en détail précédemment, la réinterprétation de l'article 39, paragraphe 2, pourrait fort bien permettre aux demandeurs d'emploi de solliciter du soutien auprès de l'État d'accueil ⁽⁵⁹⁵⁾.

⁽⁵⁹³⁾ Barnard, «Annotation on *Bidar*», *Common Market Law Review*, vol. 42, 2005, p. 1465, et «EU citizenship and the principle of solidarity», dans Dougan, M., et Spaventa, E. (eds), *Social Welfare and EU law*, Hart Publishing, 2005, chapitre 8.

⁽⁵⁹⁴⁾ Affaires jointes C-502/01 et C-31/02, *Gaumain Cerri and Barth*, 2004, Rec. p. I-6483.

⁽⁵⁹⁵⁾ Affaire C-138/02, *Collins*, 2004, Rec. p. I-2703, voir aussi l'affaire C-228/07, *Petersen*, jugement du 11 septembre 2008, non encore publié au Recueil.

Concernant les demandes faites à l'État d'accueil, les dispositions sur la citoyenneté remettent en question l'exportabilité des prestations, y compris des prestations non contributives. À cet égard, lorsque le risque de fraude à la prestation est réel, la Cour a été encline à accepter, du moins en théorie, que le critère de résidence pouvait être nécessaire. Pourtant, comme l'ont montré par exemple les arrêts *Hendrix* et *Nerkowska*, démontrer qu'un critère de résidence est réellement nécessaire est une tâche qui incombe aux États membres. Et après tout, la jurisprudence sur l'exportabilité semble pleinement cohérente avec la création d'un espace sans frontières où les citoyens peuvent circuler librement.

Enfin, la jurisprudence examinée dans cet article montre clairement les limites qui contraignent les choix politiques au niveau communautaire. La législation secondaire peut réguler l'exercice des droits du traité, mais elle ne peut épuiser le potentiel de ces droits. Ceci est démontré dans la jurisprudence concernant la prestation de services de soin, dans la jurisprudence sur l'exportabilité et dans la jurisprudence qui part des limites définies

par les directives relatives à la résidence (et désormais celle sur la citoyenneté) pour arrêter que les citoyens peuvent faire valoir des droits issus de la législation primaire qui n'avaient pas été accordés par la législation secondaire. Du point de vue constitutionnel, cette jurisprudence est entièrement défendable. Elle est plus problématique d'un point de vue politique puisqu'elle peut être perçue comme une interférence indue de la Cour dans un domaine qui devrait être réservé à la négociation politique. Pourtant, il ne faut pas oublier que des critiques similaires ont été soulevées contre la jurisprudence expansionniste sur la libre circulation des personnes et des marchandises dans les années 70. L'histoire nous rappelle que sans cette jurisprudence, le marché interne serait resté une chimère et que les institutions politiques ont accepté, et dans certains cas, codifié l'approche de la Cour ⁽⁵⁹⁶⁾. De façon similaire, la directive sur la citoyenneté est un signe de l'acceptation du cadre constitutionnel sur la citoyenneté élaboré par la Cour. Peut-être alors, le fait que l'expansion de la zone d'influence du droit communautaire donne au citoyen le droit d'espérer une expansion correspondante de ses droits est loin d'être une hérésie.

⁽⁵⁹⁶⁾ Voir par exemple la directive 2006/123/CE sur les services dans le marché interne, 2006, JO L 376, p. 36.

LA COORDINATION DANS LE CONTEXTE DES RÈGLES DU MARCHÉ INTÉRIEUR OU QUEL REMÈDE CONTRE LA CRISE DE LA CINQUANTAINE?

Jean-Philippe Lhernould
Université de Poitiers (France)

Jean-Philippe Lhernould, titulaire d'un doctorat, est professeur de droit à l'université de Poitiers, en France, où il est également vice-président en charge des ressources humaines. Il est spécialisé dans le droit européen du travail et de la sécurité sociale, notamment dans des domaines comme le statut des travailleurs mobiles, la discrimination et les conseils d'entreprise européens. Outre trois ouvrages, il a publié plus de 200 articles dans des revues de droit françaises et internationales. Il participe fréquemment à des conférences internationales en tant qu'orateur. Il est expert pour la Commission européenne et pour le réseau trESS financé par cette institution. Il est également consultant pour des cabinets juridiques et conseiller juridique de groupes internationaux. De plus, il assure la formation d'avocats en exercice, de sociétés privées et d'organismes publics en matière de droit français du travail et de la sécurité sociale.



Cinquante ans après, lorsqu'il s'agit de dresser un bilan de l'action entreprise, les règlements de coordination se reflètent dans le miroir grossissant de la construction communautaire: régulièrement critiqués pour leurs lacunes et faiblesses, pour leur complexité, pour leur incapacité à évoluer, on oublie leurs apports essentiels à la libre circulation des personnes et au marché intérieur dans un contexte institutionnel pourtant très difficile en raison du poids de l'exigence unanimitaire au sein du Conseil. Pour se rendre compte de la plus-value des règles de coordination, il suffit d'imaginer ce qui se passerait en leur absence: imbroglios sur la législation applicable, absence de couverture sociale, doubles cotisations, pertes de droit, etc. On ajoutera que beaucoup de critiques qui remontent du terrain ne sont pas dues à une défaillance des règles de coordination, mais à des droits nationaux de la sécurité sociale incomplets et inadaptés ainsi qu'à un déficit d'information et de communication dont la responsabilité incombe en grande partie aux États membres.

Ceci dit, les critiques invitent à la remise en cause. Les règlements de coordination ne sont-ils pas

sommés d'évoluer, étant entendu que les progrès juridiques ⁽⁵⁹⁷⁾ arrachés dans la souffrance diplomatique par le règlement (CE) n° 883/2004 ne sont pas fondamentaux, au mieux une modernisation, pour l'essentiel un toilettage et des ajustements à la marge?

Le fait est que, malgré tous ses bienfaits, la coordination affronte la crise de la cinquantaine: son territoire est menacé et, au-delà, sa méthode contestée, ses fondements questionnés. Les sources juridiques complémentaires ou concurrentes aux règlements de coordination sont de plus en plus visibles, sèment la confusion auprès des parties prenantes (administrations et institutions compétentes au premier rang) et semblent noyer le message de la coordination. Qui peut aujourd'hui dire avec certitude, après l'arrêt Bosmann qui s'inspire directement du traité (article 42), quelle est la portée du principe d'unicité de la législation applicable ⁽⁵⁹⁸⁾, pourtant l'un des piliers du système de coordina-

⁽⁵⁹⁷⁾ Car la plus-value essentielle du nouveau règlement semble résider dans la dématérialisation des échanges de données.

⁽⁵⁹⁸⁾ CJCE, 20 mai 2008, affaire C-352/06, n.p.

tion? Que vaut, autre exemple, l'exclusion de la coordination ⁽⁵⁹⁹⁾ des prestations pour les victimes de guerre, à la suite d'un arrêt de la CJCE selon lequel «l'article 18, paragraphe 1, CE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation d'un État membre en vertu de laquelle ce dernier refuse à l'un de ses ressortissants l'octroi d'une prestation pour les victimes civiles de guerre au seul motif que, à la date du dépôt de la demande, l'intéressé était domicilié non pas sur le territoire de cet État, mais sur celui d'un autre État membre» ⁽⁶⁰⁰⁾? Quel avenir pour la territorialisation des prestations de chômage, souvent décriée et malgré tout confirmée par le règlement (CE) n° 883/2004, alors que le statut de travailleur migrant posé par l'article 39 du traité CE et l'analyse minutieuse autour du principe de proportionnalité, fissure ce cloisonnement territorial ⁽⁶⁰¹⁾? Que vaut le principe d'inexportation des prestations spéciales à caractère non contributif alors que l'article 39 du traité CE, encore, subordonne la licéité de la clause de résidence à une appréciation individualisée autour d'un contrôle de nécessité et de proportionnalité ⁽⁶⁰²⁾? Idem pour des prestations familiales, dont les bénéficiaires sont exclus de l'exportation par le règlement (CEE) n° 1408/71, mais qui bénéficient de la levée des clauses de résidence par le biais de l'article 7, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 1612/68 ⁽⁶⁰³⁾? Que vaut la condition d'autorisation préalable pour la prise en charge des soins transfrontaliers face aux exigences de la libre prestation des services? Ce n'est pas tout: sont à venir des réponses cruciales sur la manière dont les règlements de coordination s'articuleront, à propos des citoyens inactifs mobiles, avec la directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

⁽⁵⁹⁹⁾ Article 3, paragraphe 5, règlement (CEE) n° 883/2004. Voir aussi CJCE, 31 mars 1977, affaire 79/76, Fossi, Rec. p. 667.

⁽⁶⁰⁰⁾ CJCE, 26 octobre 2006, affaire C-192/05, Tas-Hagen, Rec. p. I-10451. Voir aussi CJCE, 4 décembre 2008, affaire C-221/07, Krystyna Zablocka-Weyhermüller, n.p.

⁽⁶⁰¹⁾ CJCE, 11 septembre 2008, affaire 228/07, Jörn Petersen, n.p.

⁽⁶⁰²⁾ CJCE, 11 septembre 2007, affaire C-287/05, Hendrix, Rec. p. I-6909.

⁽⁶⁰³⁾ CJCE, 18 juillet 2007, affaire C-212/05, Gertraud Hartmann, Rec. p. I-6303.

Voire, n'assistera-t-on pas, dans un avenir proche, à des tentatives de sécession, c'est-à-dire d'émergence de dispositifs de coordination sectorielle en marge des règlements de coordination, telle activité professionnelle réclamant un règlement ad hoc pour se libérer du «monstre coordinateur»? Ce phénomène sécessionniste n'est pas inconnu puisqu'il existe déjà une «coordination» séparée: pour les régimes complémentaires de pension.

Doit-on reprocher au juge communautaire de s'adapter et de se libérer d'engrenages rigides et de limites matérielles trop étroites dessinés par les règlements de coordination? N'est-ce pas trop facile de les accuser de céder à la facilité en rendant des arrêts sur la base de sources extérieures à la coordination plutôt que sur celle de règles complexes mais ad hoc, s'ils perçoivent la coordination comme un magma technique, un ensemble abstrait, résultat de subtiles négociations institutionnelles, alors que chaque situation de mobilité transnationale correspond à un cas personnel, unique, parfois dramatique?

Si le «ver est dans le fruit», le ver pourrait, paradoxalement, aider le fruit à reprendre forme, couleur et consistance. En effet, en se concentrant sur les principes du marché intérieur, et alors même qu'on les oppose souvent à la sécurité sociale, on peut se demander s'ils ne pourraient pas contribuer à la revitalisation de la coordination, à lui redonner du sens, à lui rendre la place centrale qu'elle mérite dans la construction communautaire et restaurer la confiance auprès des parties prenantes (États membres, institutions de sécurité sociale, citoyens, entreprises, juges).

La construction communautaire est un projet unique qui s'appuie sur la création de liens indissociables entre stabilité politique et intégration économique, celle-là devant être le moyen de préserver celle-ci. En ces temps de forte instabilité, il est bon de rappeler cette évidence car la tentation des hostilités n'est jamais si loin qu'on veut le croire. L'Europe communautaire est ainsi bâtie: même si ce

n'est qu'un instrument au service d'une fin noble (la paix), elle est chevillée à un texte fondamental d'essence économique, construit sur une idéologie libérale ou néo-libérale de marché. L'article 3, point c), du traité CE formalise le cadre de ce qui a été originellement appelé «marché commun», avant de se muer en «marché intérieur»: l'action de la Communauté comporte «un marché intérieur caractérisé par l'abolition, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux». Plus précisément encore, «le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée» (article 14, paragraphe 2, du traité CE). La CJCE assure le relais de cette idéologie: «la notion de marché commun, telle que la Cour l'a dégagée dans une jurisprudence constante, vise à l'élimination de toutes les entraves aux échanges intracommunautaires en vue de la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possible de celles d'un véritable marché intérieur» ⁽⁶⁰⁴⁾.

Coordination des régimes nationaux de sécurité sociale et marché intérieur, que des analyses superficielles peuvent présenter comme étant aux antipodes, évoluent dans des univers qui se croisent. Mais leurs relations sont placées sous le sceau de particularités dont certaines méritent d'être mises en exergue.

La première particularité concerne la manière dont la coordination participe au marché intérieur. Elle occupe en effet une place doublement accessoire à cet égard, puisque la coordination contribue à la réalisation de la libre circulation des travailleurs qui, elle-même, est une pièce du marché intérieur. L'on comprend alors aisément la structure en poupées russes du chapitre 1 «Les travailleurs» du titre 3 du traité CE «La libre circulation des personnes, des services et des capitaux». Partant de l'affirmation assé-

née par l'article 39, paragraphe 1, du traité CE selon laquelle «la libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la Communauté», le texte fondamental ajoute à l'article 42 du traité CE un vademecum de la coordination en matière de sécurité sociale, sous forme de contenu minimaliste: «le Conseil, statuant à l'unanimité selon la procédure visée à l'article 251 du traité CE, adopte, dans le domaine de la sécurité sociale, les mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs, en instituant notamment un système permettant d'assurer aux travailleurs migrants et à leurs ayants droit: a) la totalisation, pour l'ouverture et le maintien du droit aux prestations, ainsi que pour le calcul de celles-ci, de toutes périodes prises en considération par les différentes législations nationales; b) le paiement des prestations aux personnes résidant sur les territoires des États membres».

La deuxième particularité consiste pour la coordination à envisager l'accomplissement du marché intérieur sous l'angle des personnes, les considérations individuelles primant sur celles des entreprises. Il est symptomatique que le préambule du règlement (CEE) n° 1408/71 ne fasse aucune allusion aux entreprises: «les règles de coordination des législations nationales de sécurité sociale s'inscrivent dans le cadre de la libre circulation des personnes et doivent contribuer à l'amélioration de leur niveau de vie et des conditions de leur emploi» (préambule, paragraphe 1). Le texte est repris, mot pour mot, dans le considérant 1 du préambule du règlement (CE) n° 883/2004. Si l'on regarde l'ensemble du dispositif réglementaire, on constate qu'une partie très marginale concerne les cotisations sociales, alors qu'elles sont un élément déterminant du coût du travail et donc de la compétitivité d'une entreprise. Mis à part le détachement et les dispositions concernant les travailleurs indépendants, le règlement est tourné vers les personnes. L'étude de la sécurité sociale dans le contexte du marché intérieur aurait pu conduire à s'interroger sur la place des entreprises dans la coordination et sur l'opportunité d'un rééquil-

⁽⁶⁰⁴⁾ CJCE, 5 mai 1982, affaire 15/81, Gaston Schul Douane Expéditeur BV, Rec. p. 1409.

brage des intérêts entre les différentes parties prenantes. L'article 16 de la charte des droits fondamentaux de l'UE ne précise-t-elle pas que «la liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales»? Qu'il s'agisse des relations entre les petites entreprises et les règles de coordination, des relations entre les très grandes entreprises de dimension communautaire et les règles de coordination, il y a de quoi mener un travail approfondi sur l'effectivité de la liberté d'entreprendre dans la mise en œuvre des règles de coordination. Ce n'est cependant pas la voie qui a été choisie dans cette étude.

La troisième particularité réside dans le fait que la coordination n'est qu'une des «entrées» communautaires de la sécurité sociale. Le marché intérieur, sur la base de dispositions tantôt explicites, tantôt implicites, s'intéresse à la sécurité sociale sous des angles variés: égalité professionnelle entre hommes et femmes, sort des créances salariales, pensions complémentaires, marché de l'assurance, etc. Mais surtout, la sécurité sociale a été happée par les libertés économiques et leur objectif intégratif, qui contraste avec l'approche réservée et encadrée de la coordination: droit des ententes et des positions dominantes ont conduit la Cour de justice à façonner un *concept* de sécurité sociale, tandis que la liberté de prestation de service et d'établissement a bouleversé le régime de la prise en charge des soins transfrontaliers dans un sens que l'on peut globalement juger comme favorable aux assurés sociaux. L'analyse de la sécurité sociale par le droit économique tranche avec l'approche prudente de la coordination, qui se contente d'effleurer la notion de sécurité sociale à travers des indices objectifs servant à définir le périmètre d'application des règlements. La Cour de justice rappelle régulièrement l'origine de cette prudence: «les règlements concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants n'ont pas organisé un régime commun de sécurité sociale, mais ont laissé subsister des régimes distincts, engendrant des créances distinctes, à l'égard d'institutions dis-

tinctes» ⁽⁶⁰⁵⁾, précisant que «le droit communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des États membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale» ⁽⁶⁰⁶⁾.

Ces liens entre coordination et marché intérieur conduisent à se poser la question suivante: les règlements de coordination peuvent-ils se reconstruire sur une *notion* de sécurité sociale ambitieuse, afin de leur redonner une identité, une crédibilité, une efficacité, une influence et un lustre qu'ils ont égaré? En d'autres termes, l'objet de cette étude est de voir s'il est possible de repenser l'ambition des règlements de coordination en s'appropriant les inspirations du marché intérieur. À cet égard, le contraste est saisissant entre l'approche formaliste de la sécurité sociale dans les règlements de coordination (I) et l'approche notionnelle inspirée par les outils du marché intérieur (II). En d'autres termes, si l'on tente une greffe, les règles de coordination pourraient-elles s'organiser autour de la notion de solidarité (III)?

I. UNE APPROCHE FORMALISTE DE LA SÉCURITÉ SOCIALE DANS LES RÈGLEMENTS DE COORDINATION

Dans les règlements de coordination, la sécurité sociale se définit par un périmètre d'intervention (A). La politique de l'égalité hommes-femmes en matière de sécurité sociale inscrit aussi la sécurité sociale dans un périmètre, même si celui-ci n'est pas exactement identique (B).

A. Approche formaliste dans les règlements de coordination

Le préambule du règlement (CE) n° 883/2004, miroir du préambule du règlement (CEE) n° 1408/71, ne contient aucune référence à la

⁽⁶⁰⁵⁾ CJCE, 9 juillet 1980, affaire 807/79, Gravina, Rec. p. 2205.

⁽⁶⁰⁶⁾ Par exemple CJCE, 17 février 1993, Poucet, affaire C-159/91, Rec. p. I-637.

notion de sécurité sociale. Cette absence est-elle liée au mandat prudent confié aux règles de coordination, mandat rappelé dans le préambule et selon lequel: «il convient de respecter les caractéristiques propres aux législations nationales de sécurité sociale et d'élaborer uniquement un système de coordination» (considération n° 4)? En écho, l'article 1^{er} du règlement (CE) n° 883/2004 énumère une longue liste de définitions et de concepts clés pour la compréhension et la mise en œuvre des règles de coordination, qui épuisent l'alphabet. Mais l'on n'y trouve pas celui de «sécurité sociale». Exercice inutile au regard des objectifs poursuivis ou trop périlleux pour être entrepris? Toujours est-il que l'objet même de la coordination n'est pas défini.

Le choix qui a été fait est celui d'une approche formaliste de la sécurité sociale par une délimitation aussi objective que possible de son périmètre. Ce choix peut se justifier aussi bien par un souci d'efficacité que par l'esprit de la coordination. En effet, il n'est question, ni d'harmonisation, ni de convergence, mais de simple coordination de régimes nationaux, méthode permettant aux États membres de conserver leur souveraineté en matière de sécurité sociale. C'est cette approche qui a conduit à privilégier une logique formelle et *utilitaire* de la sécurité sociale: certes avec pour référence la convention n° 102 de l'OIT, il s'est simplement agi de s'entendre entre États sur des régimes et des prestations qui seraient coordonnés, choisis moins en fonction d'une unité notionnelle que sur des critères de praticabilité, voire des éléments d'ordre financier. Ce qui rassemble les régimes et prestations de sécurité sociale, ce n'est pas une *idée*, mais des *contingences*.

Au lieu d'une *notion* de sécurité sociale, le règlement (CE) n° 883/2004, comme ses prédécesseurs, fixe un champ d'application matériel. C'est l'article 3 qui encadre l'aire de jeu: «1. Le présent règlement s'applique à toutes les législations relatives aux branches de sécurité sociale qui concernent: a) les prestations de maladie; b) les prestations de maternité et de paternité assimilées; c) les

prestations d'invalidité; d) les prestations de vieillesse; e) les prestations de survivant; f) les prestations en cas d'accidents du travail et de maladies professionnelles; g) les allocations de décès; h) les prestations de chômage; i) les prestations de préretraite; j) les prestations familiales. 2. Sauf disposition contraire prévue à l'annexe XI, le présent règlement s'applique aux régimes de sécurité sociale généraux et spéciaux, soumis ou non à cotisations, ainsi qu'aux régimes relatifs aux obligations de l'employeur ou de l'armateur. 3. Le présent règlement s'applique également aux prestations spéciales en espèces à caractère non contributif visées à l'article 70. 4. Toutefois, les dispositions du titre III du présent règlement ne portent pas préjudice aux dispositions législatives des États membres relatives aux obligations de l'armateur. 5. Le présent règlement ne s'applique ni à l'assistance sociale et médicale, ni aux régimes de prestations en faveur des victimes de la guerre ou de ses conséquences».

Les critères retenus renvoient à une triple frontière à l'intérieur desquelles évolue la sécurité sociale au sens des règlements de coordination.

Première frontière, la sécurité sociale correspond à certains risques sociaux. Appartiennent à la sécurité sociale les régimes, généraux ou spéciaux, pourvu qu'ils couvrent un des risques énumérés par le règlement, la liste de risques ayant d'ailleurs été enrichie par l'article 3, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 883/2004 puisqu'elle comporte désormais les prestations de paternité et les prestations de préretraite⁽⁶⁰⁷⁾, mais pas les prestations de dépendance (qui demeurent couvertes par le règlement, en tant que prestations de maladie, par interprétation de la Cour de justice)⁽⁶⁰⁸⁾. La Cour de justice a souvent retenu une interprétation extensive de

⁽⁶⁰⁷⁾ Liste complète des risques: prestations de maladie; prestations de maternité et de paternité assimilées; prestations d'invalidité; prestations de vieillesse; prestations de survivant; prestations en cas d'accidents du travail et de maladies professionnelles; allocations de décès; prestations de chômage; prestations de préretraite; prestations familiales.

⁽⁶⁰⁸⁾ Voir, par exemple, CJCE, 8 mars 2001, affaire C-215/99, Jauch, Rec. p. I-1901.

chacun des risques ⁽⁶⁰⁹⁾. Néanmoins, le critère du risque conserve une utilité essentielle, pas seulement pour définir le régime de telle ou telle prestation ⁽⁶¹⁰⁾, mais aussi pour déterminer le cadre d'application du règlement. Par exemple, le *minimex* belge, «en tant que prestation sociale de caractère général, ne peut être classée sous une des branches de sécurité sociale énumérées au paragraphe 1 de l'article 4 du règlement n° 1408/71 et ne constitue donc pas une prestation de sécurité sociale au sens spécifique dudit règlement» ⁽⁶¹¹⁾.

Deuxième frontière, la sécurité sociale se distingue de l'assistance sociale ⁽⁶¹²⁾. Le règlement, en effet, ne s'applique pas à l'assistance sociale ⁽⁶¹³⁾. On sait cependant que la CJCE a modelé une réalité différente en créant la catégorie sui generis des prestations mixtes, qui restreint l'assistance sociale, au sens des règlements de coordination, à un espace réduit, par application de la théorie dite de l'«effet attractif de la sécurité sociale». Selon une formule célèbre de la CJCE, «pour les prestations qui sont à la frontière entre l'assistance et la sécurité sociale, s'il peut être désirable, du point de vue de l'application de ce règlement, de distinguer entre les régimes législatifs relevant respectivement de la sécurité sociale et de l'assistance, on ne saurait exclure la possibilité qu'en raison de son champ d'application personnel, de ses objectifs et de ses modalités d'application, une législation s'apparente à l'une ou l'autre des catégories, échappant ainsi à toute classification globale». Or, de telles prestations «se rapprochent de la sécurité sociale

dans la mesure où, ayant abandonné l'appréciation individuelle caractéristique de l'assistance, elle confère aux bénéficiaires une position légalement définie» ⁽⁶¹⁴⁾. Peu importe que la prestation ou l'allocation soit classée, en droit interne, dans la catégorie de l'assistance sociale ⁽⁶¹⁵⁾. En conséquence, l'espace de l'assistance sociale est résiduel. Il regroupe les prestations accordées dans des conditions discrétionnaires et celles qui ne se rattachent à aucun des risques de sécurité sociale au sens de l'article 3, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 883/2004. Quant aux «prestations mixtes», l'article 70 de ce règlement incorpore la jurisprudence communautaire en posant comme principe qu'il «s'applique aux prestations spéciales en espèces à caractère non contributif relevant d'une législation qui, de par son champ d'application personnel, ses objectifs et/ou ses conditions d'éligibilité, possède les caractéristiques à la fois de la législation en matière de sécurité sociale visée à l'article 3, paragraphe 1, et d'une assistance sociale».

Troisième frontière, la sécurité sociale est enfermée dans des régimes légaux: ne relèvent pas de son domaine les régimes conventionnels. En appui de l'article 3, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 883/2004, l'article 1^{er}, point I), du règlement clarifie le concept de «législation», qui «désigne, pour chaque État membre, les lois, règlements et autres dispositions légales et toutes autres mesures d'application qui concernent les branches de sécurité sociale visées à l'article 3, paragraphe 1». Les régimes conventionnels ne sont cependant pas totalement écartés puisque tombent dans la coordination les dispositions conventionnelles «qui servent à la mise en œuvre d'une obligation d'assurance résultant des lois et règlements visés au point précédent ou qui ont fait l'objet d'une décision des pouvoirs publics les rendant obligatoires ou étendant leur champ d'application, pour autant que l'État membre concerné fasse une déclaration en ce sens» [article 1^{er}, point I)]. La France offre deux illus-

⁽⁶⁰⁹⁾ Par exemple, les prestations sur avance alimentaire versées par l'État, en tant qu'elles tendent à soulager le fardeau financier supporté par le parent qui s'est vu confier la garde des enfants, constitue une prestation familiale (CJCE, 15 mars 2001, affaire C-85/99, Offermanns, Rec. p. I-2261). Notons que l'article 1^{er}, point z), du règlement (CE) n° 883/2004 contrecarre cette jurisprudence en disposant que «le terme «prestations familiales» désigne toutes les prestations en nature ou en espèces destinées à compenser les charges de famille, à l'exclusion des avances sur pensions alimentaires et des allocations spéciales de naissance ou d'adoption visées à l'annexe I».

⁽⁶¹⁰⁾ Une prestation qualifiée de prestation de maladie en espèce n'aura pas le même régime qu'une prestation qualifiée de prestation de vieillesse.

⁽⁶¹¹⁾ CJCE, 27 mars, 1985, affaire 249/83, Hoeckx, Rec. p. 973.

⁽⁶¹²⁾ Les prestations pour victimes de guerre ne sont pas dans le règlement, ce qui n'empêche pas la Cour de justice de les coordonner sur la base d'autres dispositions communautaires. Voir supra.

⁽⁶¹³⁾ Voir aussi CJCE, 11 juillet 1996, affaire C-25/95, Otte, Rec. p. I-3745.

⁽⁶¹⁴⁾ CJCE, 22 juin 1972, affaire 1/72, Frilli, Rec. p. 457.

⁽⁶¹⁵⁾ CJCE, 24 février 1987, affaires 379/85 à 381/85, Giletti e.a., Rec. p. I-955.

trations de ces exceptions: le régime d'assurance chômage, d'origine conventionnelle mais obligatoire, relève des règlements de coordination car il se substitue à un régime légal; le régime de retraite complémentaire obligatoire ARRCO-AGIRC y est entré à la suite d'une déclaration unilatérale des autorités françaises ⁽⁶¹⁶⁾. Les régimes conventionnels concernés sont-ils des régimes de sécurité sociale au sens du règlement? Le règlement ne le dit pas ⁽⁶¹⁷⁾. En revanche, il apparaît clairement que les contrats d'assurance conclus entre une compagnie d'assurance et un particulier ne relèvent pas du champ d'application du règlement, et ne sont de ce fait pas de la sécurité sociale, peu importe qu'ils portent sur un risque de sécurité sociale ⁽⁶¹⁸⁾.

Finalement, la photo du périmètre de la sécurité sociale au sens des règlements de coordination, même si elle a évolué quelque peu au fil des années pour prendre en compte des mouvements de fond des systèmes nationaux ⁽⁶¹⁹⁾, est la suivante: des régimes d'origine légale, par exception de nature conventionnelle, couvrant des prestations se rapportant à une liste limitative de risques sociaux, mais empiétant sur l'assistance sociale.

B. Approche formaliste dans le cadre de l'égalité hommes-femmes

L'égalité entre hommes et femmes est au cœur de la politique sociale communautaire. Dès le traité de Rome, l'article 119 affirmait que «chaque État membre assure au cours de la première étape, et maintient par la suite, l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même

travail». Cette politique s'est développée et ramifiée dans des textes de droit dérivé, dont certains portent sur la protection sociale. La directive 79/7/CEE pour les régimes légaux, la directive 86/378/CEE pour les régimes professionnels, ont mis en œuvre le principe d'égalité de traitement dans le domaine de la sécurité sociale. La directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail a absorbé cette dernière, tandis que la directive 79/7/CEE poursuit son chemin de manière autonome. Notre regard portera d'ailleurs principalement sur celle-ci et sur la jurisprudence expansionniste de la Cour de justice, fondée sur l'article 141 du traité CE. On verra que la voie formaliste empruntée conduit à définir la sécurité sociale en fonction de deux frontières: par rapport à l'aide sociale (1), par rapport aux régimes professionnels (2).

1. Sécurité sociale et aide sociale

La directive 79/7/CEE du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, qui a pour objet «de mettre en œuvre le principe de l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale en premier lieu dans les régimes légaux qui assurent une protection contre les risques de maladie, d'invalidité, de vieillesse, d'accident du travail, de maladie professionnelle et de chômage, ainsi que dans les dispositions concernant l'aide sociale dans la mesure où elles sont destinées à compléter les régimes précités ou à y suppléer» (préambule, considérant 1), apporte une vision intéressante sur la manière dont s'articulent régimes légaux et aide sociale.

On note une première différence, significative, de vocabulaire: alors que l'expression «assistance sociale» est employée dans les règlements de coordination, c'est celle d'«aide sociale» qui est retenue dans l'égalité entre les sexes. Même si cette différence terminologique ne paraît pas avoir d'implica-

⁽⁶¹⁶⁾ Déclaration du 29 mars 1999. Il en a résulté une modification du règlement (CEE) n° 1408/71 [règlement (CE) n° 138/2001 du 5 juin 2001].

⁽⁶¹⁷⁾ Voir aussi considérant 6: «Le lien étroit entre les législations de sécurité sociale et les dispositions contractuelles qui les complètent ou les remplacent et qui ont fait l'objet d'une décision des pouvoirs publics les rendant obligatoires ou étendant leur champ d'application peut demander une protection similaire, en ce qui concerne l'application desdites dispositions, à celle qu'offre le présent règlement. Dans un premier temps, l'expérience des États membres qui ont notifié de tels régimes pourrait être évaluée».

⁽⁶¹⁸⁾ CJCE, 15 mars 1984, affaire 313/82, NV Tiel-Utrecht, Rec. p. 1389.

⁽⁶¹⁹⁾ Extension du champ des prestations coordonnées, passage du travailleur à l'assuré social puis au citoyen de l'UE, etc.

tion concrète, on peut regretter le manque de rigueur sur les termes, qui traduit à tout le moins une vision cloisonnée des concepts liés à la protection sociale en droit communautaire. L'autre différence réside dans l'inclusion, dans le champ matériel de la directive 79/7/CEE, de dispositions concernant l'aide sociale, dès lors qu'«elles sont destinées à compléter les régimes visés sous a) ou à y suppléer». Mais contrairement à ce que l'intitulé de la directive pourrait laisser croire, l'aide sociale n'est pas assimilée à de la sécurité sociale, l'article 1 de la directive indiquant qu'elle «vise la mise en œuvre progressive, dans le domaine de la sécurité sociale et autres éléments de protection sociale prévu à l'article 3, du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale». La directive fait donc une distinction entre sécurité sociale et protection sociale.

Des points de rapprochement peuvent aussi être observés. Comme pour les règlements de coordination et dans un même esprit d'effet utile, la Cour de justice opte pour une interprétation large du périmètre des régimes légaux au détriment de l'aide sociale, même si les risques légaux couverts ne sont pas exactement les mêmes ⁽⁶²⁰⁾. Ainsi, une allocation de chauffage vieillesse britannique, parce qu'elle trouve sa source dans la loi et qu'elle se rapporte au risque vieillesse, entre dans le champ de la directive 79/7/CEE ⁽⁶²¹⁾. Les régimes légaux de sécurité sociale vont même jusqu'à couvrir des avantages qui n'ont rien à voir, sur un plan organique, à la sécurité sociale: «un régime tel que celui institué à l'article 6, paragraphe 1, du règlement de 1989, qui exonère du paiement des frais médicaux certaines catégories de personnes, et notamment certaines personnes âgées, relève du champ d'application de la directive», car «au vu de l'importance fondamentale du principe de l'égalité de traitement et de l'objectif de la directive 79/7/CEE, qui est de mettre en œuvre ce principe progressivement dans

le domaine de la sécurité sociale, un régime de prestations ne saurait être exclu du champ d'application de celle-ci pour la seule raison que, formellement, il ne fait pas partie d'une réglementation nationale relative à la sécurité sociale» ⁽⁶²²⁾. En revanche, comme dans les règlements de coordination, les prestations générales d'aide sociale sont exclues du champ de la directive, la référence aux «autres éléments de protection sociale prévus à l'article 3» de la directive 79/7/CEE ne pouvant en effet être interprétée autrement que comme se rapportant aux dispositions concernant l'aide sociale, qui échappent généralement au domaine de la sécurité sociale ⁽⁶²³⁾. Mais globalement, comme dans le cadre des règlements de coordination, le périmètre de l'aide sociale est résiduel.

2. Sécurité sociale et régimes professionnels

L'une des *summa divisio* des règlements de coordination porte sur la distinction régimes légaux/régimes complémentaires puisque, sauf exceptions, seuls les premiers entrent dans leurs prévisions, les seconds relevant ⁽⁶²⁴⁾ de la directive 98/49/CE «portabilité». La problématique est proche pour l'égalité hommes-femmes en matière de sécurité sociale. En effet, il convient de dissocier les «régimes légaux de sécurité sociale», soumis aux prescriptions de la directive 79/7/CEE, des «régimes professionnels de sécurité sociale» qui relèvent de la directive 86/378/CEE et qui correspondent aux régimes complémentaires de pension ⁽⁶²⁵⁾. On peut d'ailleurs se demander pourquoi, dans le titre de la directive, cette dernière expres-

⁽⁶²⁰⁾ Selon l'article 3, paragraphe 1, point a), il couvre les risques maladie, invalidité, vieillesse, accident du travail et maladie professionnelle, chômage.

⁽⁶²¹⁾ CJCE, 16 décembre 1999, affaire C-382/98, Taylor, Rec. p. I-8955.

⁽⁶²²⁾ CJCE, 19 octobre 1995, affaire C-137/94, Richardson, Rec. p. I-3407.

⁽⁶²³⁾ CJCE, 11 juillet 1996, affaire C-228/94, Atkins, Rec. p. I-3633 (prestation consistant en des réductions sur les transports publics). Voir aussi CJCE, 16 juillet 1992, affaires C-63/91 et C-64/91, Jackson et Cresswell, Rec. p. I-4737 (allocation britannique assurant des ressources minimales).

⁽⁶²⁴⁾ Sauf exceptions: voir en particulier les régimes complémentaires obligatoires français ARRCO-AGIRC.

⁽⁶²⁵⁾ Voir articles 1^{er} et 2 de la directive. Par «régime complémentaire de pension», l'article 3, point b), entend «tout régime professionnel établi conformément à la législation et la pratique nationales, tel qu'un contrat d'assurance de groupe, un régime par répartition conclu par une ou plusieurs branches ou par un ou plusieurs secteurs, un régime par capitalisation ou une promesse de retraite garantie par des provisions au bilan des entreprises, ou tout autre dispositif collectif ou comparable, destiné à servir une pension complémentaire à des travailleurs salariés ou non salariés».

sion n'a pas été préférée à celle, plus opaque et en décalage avec celle de la directive 98/49/CE, de «pension complémentaire».

Que peut-on observer? Tout d'abord, la complémentarité entre les deux textes est formalisée, puisque l'article 2 de la directive 86/378/CEE précise que «sont considérés comme régimes professionnels de sécurité sociale les régimes non régis par la directive 79/7/CEE». La démarche est identique pour la coordination, tout chevauchement étant évité par la directive 98/49/CE: «aucune pension ou prestation ne devrait relever à la fois des dispositions de la présente directive et de celles des règlements (CEE) n° 1408/71 et (CEE) n° 574/72, et que, par conséquent, tout régime de pension complémentaire relevant du champ d'application de ces règlements en raison d'une déclaration faite à cet effet par un État membre en vertu de l'article 1^{er}, point j), du règlement (CEE) n° 1408/71, ne peut être régi par les dispositions de la présente directive» (considérant 5). Plus clairement encore, le préambule de la directive 98/49/CE rappelle que les règlements de coordination «ne concernent que les régimes légaux de pension; que le système de coordination prévu par ces règlements n'a pas pour effet d'étendre les régimes de pension complémentaire, à l'exception des régimes couverts par le terme «législation», tel qu'il est défini à l'article 1^{er}, point j), premier alinéa, du règlement (CEE) n° 1408/71, ou ayant fait l'objet d'une déclaration à cet effet par un État membre en vertu de cet article» (considérant 4). Le préambule d'une directive étant dépourvu de portée juridique impérative, c'est l'article 1^{er} de la directive 98/49/CE qui scelle l'articulation avec les règles de coordination: la protection qu'offre la directive «concerne les droits à pension au titre des régimes complémentaires tant volontaires qu'obligatoires, à l'exception des régimes couverts par le règlement (CEE) n° 1408/71».

Mais tandis que l'aménagement de la relation règlements de coordination/directive 98/49/CE ne va pas plus loin, la directive 86/378/CEE apporte des éléments contribuant à définir ce qui appar-

tient respectivement aux régimes légaux et aux régimes professionnels. En effet, «sont considérés comme régimes professionnels de sécurité sociale les régimes non régis par la directive 79/7/CEE qui ont pour objet de fournir aux travailleurs, salariés ou indépendants, groupés dans le cadre d'une entreprise ou d'un groupement d'entreprises, d'une branche économique ou d'un secteur professionnel ou interprofessionnel, des prestations destinées à compléter les prestations des régimes légaux de sécurité sociale ou à s'y substituer, que l'affiliation à ces régimes soit obligatoire ou facultative» (article 2, paragraphe 1).

La clé de répartition entre régimes légaux d'un côté et régimes professionnels de l'autre, est un enjeu important pour la mise en œuvre de la politique d'égalité entre hommes et femmes, en particulier parce que l'article 7, paragraphe 1, de la directive 79/7/CEE autorise les États membres à ne pas appliquer l'égalité de traitement à certaines questions essentielles ⁽⁶²⁶⁾. Dans la pratique, la directive 86/378/CEE a eu une influence secondaire dans la ventilation régimes légaux/professionnel: c'est l'article 141 du traité CE qui a joué un rôle déterminant par le biais du concept de «rémunération» ⁽⁶²⁷⁾. Cette disposition a d'ailleurs déplacé les lignes entre régimes légaux et régimes professionnels, dans le sens d'une marginalisation des premiers. Conséquence indirecte: les notions de «régime professionnel» au sens de la directive 86/378/CEE et au sens de l'article 141 du traité CE ne se recoupent pas...

⁽⁶²⁶⁾ «La présente directive ne fait pas obstacle à la faculté qu'ont les États membres d'exclure de son champ d'application: a) la fixation de l'âge de la retraite pour l'octroi des pensions de vieillesse et de retraite et les conséquences pouvant en découler pour d'autres prestations; b) les avantages accordés en matière d'assurance vieillesse aux personnes qui ont élevé des enfants; l'acquisition de droits aux prestations à la suite de périodes d'interruption d'emploi dues à l'éducation des enfants; c) l'octroi de droits à prestations de vieillesse ou d'invalidité au titre des droits dérivés de l'épouse; d) l'octroi de majorations de prestations à long terme d'invalidité, de vieillesse, d'accident du travail ou de maladie professionnelle pour l'épouse à charge; e) les conséquences résultant de l'exercice, avant l'adoption de la présente directive, d'un droit d'option à l'effet de ne pas acquérir de droits ou de ne pas contracter d'obligations dans le cadre d'un régime légal».

⁽⁶²⁷⁾ La Cour de justice a rarement interprété la directive 86/378, malgré les questions préjudicielles qui lui ont été posées en ce sens: dès lors que les questions trouvent réponse dans l'article 141 du traité, elle juge inutile de répondre sur le fondement de la directive 86/378 (voir, par exemple, CJCE, 9 décembre 2004, affaire C-19/02, Hlosek, Rec. p. I-11491).

Il est, certes, sans surprise qu'un régime de pensions d'entreprise «ne constitue pas un régime de sécurité sociale directement réglé par la loi et sous-trait, de ce fait, au champ d'application de l'article 119, et que les prestations servies aux employés en vertu du régime litigieux constituent un avantage payé par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier, au sens de l'article 119, deuxième alinéa» ⁽⁶²⁸⁾. De même, des régimes de pension d'entreprise résultant soit d'une concertation entre partenaires sociaux, soit d'une décision unilatérale de l'employeur, dont le financement est assuré entièrement par l'employeur ou à la fois par ce dernier et par les travailleurs, sans que les pouvoirs publics y participent, sont des régimes professionnels versant des rémunérations ⁽⁶²⁹⁾.

La Cour de justice a toutefois largement débordé le cadre naturel des régimes professionnels, en construisant, par une jurisprudence abondante, un profil des régimes relevant de la directive 79/7/CEE et des régimes professionnels versant des rémunérations au sens de l'article 141 du traité CE. Les régimes légaux sont en effet confinés aux régimes «directement réglés par la loi à l'exclusion de tout élément de concertation au sein de l'entreprise ou de la branche professionnelle intéressée, obligatoirement applicables à des catégories générales de travailleurs». En effet, «ces régimes assurent aux travailleurs le bénéfice d'un système légal, au financement duquel les travailleurs, les employeurs et éventuellement les pouvoirs publics contribuent dans une mesure qui est moins fonction de la relation d'emploi que de considérations de politique sociale» ⁽⁶³⁰⁾. A contrario, tous les régimes qui ne répondent pas aux critères cumulatifs sont des régimes professionnels ou «assimilables à des régimes professionnels» ⁽⁶³¹⁾, et il y en a beaucoup, couvrant des millions de travailleurs. Par exemple, le régime (français) complémentaire de retraite ARRCO-AGIRC est un régime professionnel qui

verse des rémunérations au sens de l'article 141 du traité, car «le critère tiré des modalités de financement et de gestion d'un régime de pensions ne permet pas de décider si un tel régime entre dans le champ d'application de l'article 119 du traité», dès lors qu'«il ne s'agit pas de régimes de sécurité sociale destinés à l'ensemble de la population ou des travailleurs» et que «les prestations octroyées sont en rapport avec le dernier salaire» ⁽⁶³²⁾. Pourtant, on est là en présence d'un régime quasi légal, obligatoire, géré selon le mécanisme de la répartition ⁽⁶³³⁾, versant des prestations dans bien des cas supérieures à celles du régime de base et qui relève par ailleurs du règlement (CEE) n° 1408/71. Autre exemple, un régime dédié aux fonctionnaires comme celui de l'ABPW (Pays-Bas), directement fixé par la loi, qui n'est pas uniquement complémentaire puisqu'il se substitue partiellement à un autre régime légal, qui est en partie financé par l'État, verse des «rémunérations» au sens de l'article 141 du traité, car «la pension est versée au travailleur en raison de la relation de travail entre l'intéressé et son ancien employeur, c'est-à-dire le critère de l'emploi, tiré des termes mêmes de l'article 119». Pour la Cour, «les considérations de politique sociale, d'organisation de l'État, d'éthique, ou même les préoccupations de nature budgétaire qui ont eu ou qui ont pu avoir un rôle dans la fixation, par le législateur national, d'un régime tel que le régime litigieux, ne sauraient prévaloir si la pension n'intéresse qu'une catégorie particulière de travailleurs, si elle est directement fonction du temps de service accompli, et si son montant est calculé sur la base du dernier traitement du fonctionnaire. La pension versée par l'employeur public est alors absolument comparable à celle que verserait un employeur privé à ses anciens salariés» ⁽⁶³⁴⁾. Dernier exemple, un régime français de base de fonctionnaire, organisé par la loi, obligatoire et géré par répartition, verse des rémunérations, car «les fonctionnaires qui en bénéficient doivent être regardés comme consti-

⁽⁶²⁸⁾ CJCE, 13 mai 1986, affaire 170/84, *Bilka-Kaufhaus*, Rec. p. 1607.

⁽⁶²⁹⁾ CJCE, 17 mai 1990, affaire C-262/88, *Barber*, Rec. p. I-1889.

⁽⁶³⁰⁾ CJCE, 25 mai 1971, affaire 80/70, *Defrenne*, Rec. p. 445.

⁽⁶³¹⁾ Voir CJCE, *Beune*, infra.

⁽⁶³²⁾ CJCE, 25 mai 2000, affaire C-50/99, *Podesta*, Rec. p. I-4039.

⁽⁶³³⁾ Dans l'arrêt *Evrenopoulos* (CJCE, 17 avril 1997, affaire C-147/95, Rec. p. I-2057), la Cour avait déjà jugé qu'un régime par répartition pouvait relever de l'article 141 du traité.

⁽⁶³⁴⁾ CJCE, 28 septembre 1994, affaire C-7/93, *Beune*, Rec. p. I-4471.

tuant une catégorie particulière de travailleurs», la pension étant «accordée en rémunération des services que les fonctionnaires ont accomplis jusqu'à la cessation régulière de leurs fonctions et que son montant tient compte du niveau, de la durée et de la nature des services accomplis», la Cour ajoutant que «ni le critère tiré du caractère complémentaire d'une pension par rapport à une pension de base servie au titre d'un régime légal de sécurité sociale ni le critère tiré des modalités de financement et de gestion d'un régime de pensions ne sont décisifs pour apprécier si le régime concerné relève de l'article 119 du traité» ⁽⁶³⁵⁾.

De cette jurisprudence rapidement présentée sur l'article 141 du traité CE, il ressort que les critères formels que constituent la source du régime (origine légale ou conventionnelle) et sa position dans l'architecture de la protection sociale (régime de base ou complémentaire) ne constituent pas des éléments décisifs. Les critères du mode de gestion (par répartition ou par capitalisation, affiliation obligatoire ou facultative) et du mode de financement (autonome ou avec intervention des pouvoirs publics) sont également indifférents, de même que l'éventuelle soumission du régime aux règlements de coordination. Il en résulte qu'un régime peut être jugé comme professionnel au sens de l'égalité hommes-femmes et légal au sens des règles de coordination. L'approche de la Cour de justice est donc totalement instrumentale, laissant de côté toute réflexion sur la notion de sécurité sociale, ce qui aboutit à privilégier une approche à géométrie variable: la sécurité sociale est plastique, ses contours fluctuent en fonction des questions abordées. On observe également que les régimes légaux de sécurité sociale sont définis, sous l'angle de l'article 141 du traité CE, par défaut: ils recouvrent les régimes qui ne versent pas des rémunérations au sens des critères de la Cour. Priorité est donc donnée à la «sécurité sociale professionnelle», quitte à la faire sortir de son lit.

⁽⁶³⁵⁾ CJCE, 29 novembre 2001, affaire C-366/99, Griesmar, Rec. p. I-9383. On notera que dans cet arrêt, la Cour de ne qualifie pas le régime pension de «régime professionnel».

Accessoirement, il apparaît que la directive 2008/94/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, qui codifie la directive 80/987/CEE et les directives ultérieures qui y ont apporté quelques modifications, s'intéresse à la «sécurité sociale». Les États membres peuvent ainsi prévoir que les articles 3, 4 et 5 de la directive «ne s'appliquent pas aux cotisations dues au titre des régimes légaux nationaux de sécurité sociale ou au titre des régimes complémentaires de prévoyance professionnels ou interprofessionnels existant en dehors des régimes légaux nationaux de sécurité sociale». Pour la Cour de justice, saisie à propos de régimes de retraite britanniques financés par l'employeur, sous forme de fonds de pension, dans une affaire où les actifs de l'entreprise en difficulté ne suffisaient pas à couvrir toutes les prestations dues à l'ensemble des affiliés, «le financement des droits acquis à des prestations de vieillesse ne doit pas obligatoirement être assuré par les États membres eux-mêmes ni être intégral». Cependant, un niveau minimal de protection exigé par la directive doit être respecté et il doit être constaté «que des dispositions de droit interne susceptibles d'aboutir, dans certaines situations, à une garantie des prestations limitée à 20 ou 49 % des droits auxquels pouvait prétendre un travailleur salarié, c'est-à-dire à moins de la moitié de ces droits, ne peuvent être considérées comme répondant à la définition du terme "protéger" utilisé à l'article 8 de la directive» ⁽⁶³⁶⁾.

Cette première partie permet d'affirmer que la sécurité sociale est dépourvue d'*identité* en droit social communautaire, que ce soit pour la coordination ou pour l'égalité entre les sexes: elle n'est qu'un périmètre, à géométrie variable, l'instrument de politiques qui la surplombent et l'éclipsent. Faut-il alors s'étonner que les juges dépassent les règlements de coordination et puisent, au gré des circonstances, des solutions alternatives dans des

⁽⁶³⁶⁾ CJCE, 25 janvier 2007, affaire C-278/05, Robins, Rec. p. I-1053. Selon la Cour, la responsabilité de l'État membre concerné est subordonnée à la constatation d'une méconnaissance manifeste et grave, par ledit État, des limites qui s'imposaient à son pouvoir d'appréciation.

sources extérieures? En réaction à ce constat négatif qui offre une vision désarticulée de la sécurité sociale en droit social communautaire, des idées sont à puiser dans la manière dont le marché intérieur relie sécurité sociale et solidarité.

II. UNE APPROCHE NOTIONNELLE DE LA SÉCURITÉ SOCIALE INSPIRÉE PAR LES OUTILS DU MARCHÉ INTÉRIEUR?

En dehors des règlements de coordination, la sécurité sociale est appréhendée, de manière directe ou indirecte, par plusieurs sources de droit primaire et de droit dérivé. L'analyse des textes et de la jurisprudence afférente permet de mettre l'accent sur une approche très différente de la sécurité sociale, où l'on ne raisonne plus en fonction d'un périmètre mais d'une *notion*.

Qu'est-ce qu'une notion? La notion de notion renvoie à l'idée de classification. Rechercher la notion d'un objet déterminé, c'est retrouver des constantes, des identités derrière une réalité sociale changeante et hétérogène. Le travail de notion est inhérent à l'activité juridique ⁽⁶³⁷⁾. L'individualisation d'une notion suppose d'en dénombrer les éléments constitutifs, les interactions et d'en exprimer les éléments distinctifs. Mais «notion» n'est pas «qualification»: la notion n'est pas nécessairement rattachée au droit positif, elle sert à mieux appréhender la réalité, elle est «le résultat d'une démarche intellectuelle qui consiste en un passage de la réalité sensible à la représentation de cette réalité grâce à l'idée que l'on a de la réalité» ⁽⁶³⁸⁾. La notion, c'est «l'idée générale proposée au travail de l'esprit», ou encore «le résultat d'un effort de l'esprit, en vue de saisir, dans une représentation prédominante, l'essence logique des choses» ⁽⁶³⁹⁾. À ce titre, la notion ne se différencie pas du concept.

⁽⁶³⁷⁾ F. P. Benoît, *Notions, concepts, instruments de la connaissance juridique*, PU Grenoble, 1995.

⁽⁶³⁸⁾ C. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, Paris, 1987.

⁽⁶³⁹⁾ C. Jarrosson, préc.

Sur le plan méthodologique, la découverte d'une notion suppose un double mouvement: un mouvement d'abstraction, de généralisation du réel, puis un travail de retour au réel. Prenons un exemple emprunté à Charles Jarrosson (préc.): si l'on connaît le fer, le plomb, l'or et le cuivre, l'esprit a besoin de cette double démarche de généralisation et d'abstraction pour appréhender le concept de métal. Une fois cette étape atteinte, il sera d'autant plus facile de connaître tel ou tel métal qui était jusqu'alors inconnu. Dans le domaine du droit, la quête d'une notion s'opère par une analyse destinée à réunir, parmi les éléments du réel, ceux qui auront vocation à se ranger sous une qualification commune. La notion sera le résultat de données aussi diverses que l'histoire, le contexte social et économique, le droit comparé. Ce procédé permet à la notion d'influencer la réalité juridique, puisqu'il incite le droit à se mettre en accord avec la notion. Il y aurait alors deux catégories de notions, celles «conceptuelles» qui existeraient indépendamment de ce à quoi elles servent ⁽⁶⁴⁰⁾ et les notions «fonctionnelles» caractérisées par la fonction qu'elles jouent. À notre sens, la notion de sécurité sociale doit emprunter simultanément aux deux approches.

Précisément, c'est grâce aux instruments du marché intérieur que l'on a isolé en droit communautaire l'identité de la sécurité sociale: ce qui est *inhérent* à la sécurité sociale, c'est la solidarité. Cela ressort avec éclat de la jurisprudence de la CJCE (A) et des travaux législatifs (B).

A. Solidarité et sécurité sociale dans la jurisprudence de la CJCE

La nature propre de la sécurité sociale a été décelée par la CJCE, il y a déjà plus de vingt-cinq ans, dans le cadre d'un conflit impliquant l'application des principes de libre circulation des marchandises ⁽⁶⁴¹⁾. Le litige portait sur le point de savoir si constituait une mesure d'effet équivalant à des restrictions quanti-

⁽⁶⁴⁰⁾ G. Vedel, JCP 1948, I, n° 682.

⁽⁶⁴¹⁾ CJCE, 7 février 1984, affaire 238/82, Duphar, Rec. p. 523.

tatives à l'importation le fait pour les Pays-Bas, en vue de réaliser des économies dans le secteur de l'assurance obligatoire des soins de santé, d'exclure la délivrance, aux assurés à ce régime, de certains médicaments. Il se trouve que 80 % de la consommation néerlandaise de médicaments concerne des produits importés, de sorte que, lorsque le remboursement d'un médicament à la charge de l'organisme d'assurance est exclu, les achats de ce médicament sont réduits et, par conséquent, le médicament risque d'être écarté entièrement du marché national. La réponse de la Cour s'est fondée sur l'originalité du secteur de l'assurance maladie obligatoire: «compte tenu de la spécificité, sous ce rapport, du commerce des produits pharmaceutiques, caractérisé par la substitution des institutions de sécurité sociale aux consommateurs pour la prise en charge des frais médicaux, une législation du type de celle en cause ne saurait être considérée en elle-même comme constituant une restriction à la liberté d'importation garantie par l'article 30 du traité» ⁽⁶⁴²⁾. Quelle est la nature de cette «spécificité»? La Cour n'en dit pas plus, mais l'on pressent qu'une fois caractérisée, elle servira à singulariser la sécurité sociale et à justifier un traitement à part au regard des règles du droit de la concurrence.

C'est dix ans après que la Cour de justice aura l'occasion de préciser son analyse. Dans les célèbres affaires Poucet et Pistre ⁽⁶⁴³⁾, deux travailleurs indépendants remettaient cause non pas l'obligation de s'affilier pour les risques maladie et vieillesse, mais celle de ne pas pouvoir choisir librement leur assureur, celui-ci étant imposé par les régimes légaux de sécurité sociale auxquels ils étaient obligatoirement affiliés. Les deux assurés estimaient que l'organisme chargé de la gestion du régime de sécurité

sociale devait être considéré comme constituant une entreprise au sens des articles 85 et 86 du traité, la position dominante attribuée par la loi à cet organisme étant incompatible avec le marché commun. La Cour de justice ne suit pas cette argumentation. En effet, «les caisses de maladie ou les organismes qui concourent à la gestion du service public de la sécurité sociale remplissent une fonction de caractère exclusivement social. Cette activité est, en effet, fondée sur le principe de la solidarité nationale et dépourvue de tout but lucratif. Les prestations versées sont des prestations légales et indépendantes du montant des cotisations. Il s'en suit que cette activité n'est pas une activité économique et que, dès lors, les organismes qui en sont chargés ne constituent pas des entreprises au sens des articles 85 et 86 du traité».

Qu'est-ce que la solidarité? C'est, pour les arrêts Poucet-Pistre, assurer à l'ensemble des personnes qui en relèvent une couverture des risques de maladie, vieillesse, décès et invalidité, indépendamment de leur condition de fortune et de leur état de santé lors de l'affiliation. Dans le régime d'assurance maladie et maternité, poursuit la Cour, la solidarité se concrétise par le fait que ce régime est financé par des cotisations proportionnelles aux revenus de l'activité professionnelle et pensions de retraite, seuls étant exclus du paiement de ces cotisations les titulaires d'une pension d'invalidité et les assurés retraités dont les ressources sont les plus modestes, alors que les prestations sont identiques pour tous les bénéficiaires. En outre, les personnes qui ne relèvent plus de ce régime conservent leurs droits aux prestations pendant un an, à titre gratuit. La solidarité implique une redistribution du revenu entre les plus nantis et ceux qui, en l'absence d'un tel régime et compte tenu de leurs moyens et conditions de santé, seraient privés de la couverture sociale nécessaire. Dans le régime d'assurance vieillesse, la solidarité s'exprime, selon la Cour, par la circonstance que ce sont les cotisations versées par les travailleurs en activité qui permettent de financer les pensions des travailleurs retraités. Elle se traduit également par l'octroi de droits à pension

⁽⁶⁴²⁾ La Cour de justice conclut que la conformité d'une pareille réglementation avec le traité implique que dans le choix des médicaments à exclure toute discrimination au détriment des médicaments importés soit écartée. À cette fin les listes d'exclusion doivent être établies selon des critères objectifs, indépendants de l'origine des produits et contrôlables par tout importateur.

⁽⁶⁴³⁾ CJCE, 17 février 1993, affaires C-159/91 et C-160/91, Rec. p. I-637 et 647.

sans contrepartie de cotisations et de droits à pension non proportionnels aux cotisations versées.

La solidarité, c'est donc à la fois une finalité et une méthode pour la sécurité sociale. De ce fait, l'approche est radicalement différente de celle suivie dans les règlements de coordination: les critères formels de ceux-ci s'effacent devant des critères fonctionnels du marché intérieur.

Le raisonnement de la CJCE a été transposé à un contentieux concernant le refus pour un artisan de payer les cotisations sociales à l'institut national italien d'assurance contre les accidents du travail, refus motivé par le fait que cet institut serait titulaire d'un monopole constitutif d'un abus de position dominante. La Cour de justice adopte une position similaire à celle des arrêts Poucet et Pistre, adaptée au contexte du risque accident du travail: «La notion d'entreprise, au sens des articles 85 et 86 du traité CE (devenus articles 81 et 82 CE), ne vise pas un organisme qui est chargé par la loi de la gestion d'un régime d'assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, tel que l'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)». D'une part, «la couverture des risques d'accident du travail et de maladie professionnelle relève, de longue date, de la protection sociale que les États membres garantissent à tout ou partie de leur population». D'autre part, le régime italien d'assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles «en ce qu'il prévoit une protection sociale obligatoire pour tous les travailleurs non salariés des professions non agricoles qui exercent une activité qualifiée d'"activité à risque" par la loi, poursuit un objectif social». En effet, «un tel régime vise à assurer à l'ensemble des personnes protégées une couverture des risques d'accident du travail et de maladie professionnelle, indépendamment de toute faute qui aurait pu être commise par la victime, ou encore par l'employeur, et donc sans qu'il soit nécessaire d'engager la responsabilité civile de la personne retirant les bénéfices de l'activité comportant le risque». En outre, «la finalité sociale dudit régime

d'assurance est révélée par la circonstance que les prestations sont versées alors même que les cotisations dues n'ont pas été acquittées, ce qui contribue manifestement à la protection de tous les travailleurs assurés contre les conséquences économiques d'accidents du travail ou de maladies professionnelles». La Cour met ensuite en relief plusieurs éléments qui établissent que le régime est guidé par le principe de solidarité: il est «financé par des cotisations dont le taux n'est pas systématiquement proportionnel au risque assuré», le montant des prestations versées n'étant pas non «nécessairement proportionnel aux revenus de l'assuré». L'absence de lien direct entre les cotisations acquittées et les prestations versées «implique ainsi une solidarité entre les travailleurs les mieux rémunérés et ceux qui, compte tenu de leurs faibles revenus, seraient privés d'une couverture sociale adéquate si un tel lien existait» ⁽⁶⁴⁴⁾.

Comment la Cour allait-elle réagir pour des régimes complémentaires? Dans l'affaire FFSA ⁽⁶⁴⁵⁾, elle a ainsi retenu, sur la base des mêmes éléments de raisonnement, une solution contraire à propos d'un régime complémentaire français d'assurance vieillesse de personnes non salariées des professions agricoles. Le décret instaurant ce régime prévoyait qu'il serait géré par la Caisse nationale d'assurance vieillesse mutuelle agricole, situation de monopole que contestait la fédération des sociétés d'assurance représentant les compagnies d'assurance privées. Pour la Cour de justice, «un organisme à but non lucratif, gérant un régime d'assurance vieillesse destiné à compléter un régime de base obligatoire, institué par la loi à titre facultatif et fonctionnant, dans le respect de règles définies par le pouvoir réglementaire, notamment en ce qui concerne les conditions d'adhésion, les cotisations et les prestations, selon le principe de la capitalisation, est une entreprise au sens des articles 85 et suivants du traité». Ce qui a déclenché une réponse inverse à celle des arrêts Poucet-Pistre, ce n'est pas

⁽⁶⁴⁴⁾ CJCE, 22 janvier 2002, affaire C-218/00, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas et INAIL*, Rec. p. I-691

⁽⁶⁴⁵⁾ CJCE, 16 novembre 1995, affaire C-244/94, Rec. p. I-4013.

le caractère complémentaire du régime, mais le fait qu'il fonctionne selon le mécanisme de la capitalisation, l'adhésion étant de surcroît facultative. Cela suffit à rendre insuffisants les éléments de solidarité sur la base desquels les autorités françaises tentaient de justifier la position monopolistique.

Puis vint le tour de trois arrêts du 21 septembre 1999 ⁽⁶⁴⁶⁾ portant sur des régimes néerlandais de pension complémentaire (2^e pilier) organisés de manière sectorielle par accord entre partenaires sociaux. L'obligation pour les entreprises du secteur, consacrée par les pouvoirs publics, d'affilier leurs salariés auprès du fonds désigné était-elle compatible avec le droit communautaire de la concurrence? Dans sa réponse, la Cour attache une grande importance au fait que le fonds de retraite ait été institué par les partenaires sociaux: un tel régime visant à garantir un certain niveau de pension à tous les travailleurs du secteur et contribuant dès lors directement à l'amélioration de l'une des conditions de travail des travailleurs, à savoir leur rémunération, il ne relève pas de l'article 85 du traité. Ceci dit, parce que le régime fonctionne selon le système de la capitalisation, la CJCE considère que le fonds qui le gère est une entreprise au sens des articles 85 et suivants du traité. La situation monopolistique n'est pas pour autant contestée, car «le régime de pension complémentaire géré exclusivement par le fonds se caractérise par un degré élevé de solidarité en raison, notamment, de l'indépendance des cotisations par rapport au risque, de l'obligation d'accepter tous les travailleurs sans examen médical préalable, de la continuation de la constitution de la pension en dispense de versement des cotisations en cas d'incapacité de travail, de la prise en charge par le fonds de l'arriéré de cotisations dû par l'employeur en cas de faillite de ce dernier ainsi que de l'indexation du montant des pensions afin de maintenir leur valeur». En conséquence, «la suppression du droit exclusif conféré au fonds pourrait aboutir à l'impossibilité pour ce

fonds d'accomplir les missions d'intérêt économique général qui lui ont été imparties dans des conditions économiquement acceptables et mettre en péril son équilibre financier». Dans le cadre d'un autre fonds de retraite complémentaire sectoriel néerlandais, rendu obligatoire par décision des pouvoirs publics à tous les médecins spécialistes, la Cour a également jugé qu'un tel fonds de pension, «qui détermine lui-même le montant des cotisations et des prestations et fonctionne selon le principe de la capitalisation, qui a été chargé de la gestion d'un régime de pension complémentaire, instauré par une organisation représentative des membres d'une profession libérale, et auquel l'affiliation a été rendue obligatoire par les pouvoirs publics pour tous les membres de cette profession, est une entreprise au sens des articles 85 du traité, 86 et 90 du traité CE». Toutefois, «les articles 86 et 90 du traité ne s'opposent pas à ce que les pouvoirs publics confèrent à un fonds de pension le droit exclusif de gérer le régime de pension complémentaire des membres d'une profession libérale» ⁽⁶⁴⁷⁾.

L'identité de sécurité sociale a été renforcée par l'analyse jurisprudentielle des directives «Assurance». La question posée était, en substance, de savoir si le monopole des organismes de sécurité sociale chargés de la gestion en France de l'assurance maladie et maternité des travailleurs indépendants, est compatible avec l'article 2, paragraphe 2, de la directive 92/49/CEE du 18 juin 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, qui exclut de son champ d'application les assurances comprises dans un régime légal de sécurité sociale. Réponse négative de la Cour de justice qui rappelle que «des régimes de sécurité sociale, qui, comme ceux en cause dans les affaires au principal, sont fondés sur le principe de solidarité, exigent que l'affiliation à ces régimes soit obligatoire, afin de garantir l'application du principe de la solidarité ainsi que l'équilibre financier desdits régimes. Si

⁽⁶⁴⁶⁾ CJCE, 21 septembre 1999, affaires C-115/97 à 117/97, *Brentjen's*, Rec. p. I-6025; CJCE, 21 septembre 1999, affaire C-219/97, *Bokken BV*, Rec. p. I-6121; CJCE, 21 septembre 1999, affaire C-67/96, *Albany*, Rec. p. I-5751.

⁽⁶⁴⁷⁾ CJCE, 12 septembre 2000, affaire C-180 à 184/98, *Pavlov*, Rec. p. I-6451.

l'article 2, paragraphe 2, de la directive 92/49 devait être interprété dans le sens invoqué par la juridiction nationale, il en résulterait la suppression de l'obligation d'affiliation et, par conséquent, l'impossibilité de survie des régimes en cause» ⁽⁶⁴⁸⁾.

En revanche, entrent dans le champ d'application de la directive 92/49/CEE les entreprises d'assurances couvrant le risque d'accidents du travail, même dans le cadre d'un régime légal de sécurité sociale, lorsque ces entreprises poursuivent un but lucratif à leurs propres risques, ce qui est le cas des assurances relatives aux accidents du travail en Belgique ⁽⁶⁴⁹⁾. La directive «Assurance» peut donc couvrir des régimes de sécurité sociale qui relèvent par ailleurs du règlement (CEE) n° 1408/71.

Le raisonnement de la Cour de justice, fondé sur le principe de solidarité, s'étend au droit des ententes. La question lui fut ainsi posée de savoir si, afin de maîtriser l'augmentation du coût des dépenses du régime légal d'assurance maladie, une loi pouvait demander aux fédérations des caisses d'assurance maladie de l'État en question (Allemagne) de déterminer des montants maximaux pour leur participation à la prise en charge du coût des médicaments et des matériels de soins. Autrement dit, cette situation caractérise-t-elle une entente dès lors que les caisses d'assurance maladie, bien qu'entités de droit public, sont en situation de concurrence en ce qui concerne le taux des cotisations aux fins d'attirer les affiliés obligatoires ainsi que les assurés volontaires, la loi allemande prévoyant que les affiliés choisissent librement leur caisse de maladie? Selon la Cour de justice, «à l'instar des organismes en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Poucet et Pistre, précité, les caisses de maladie du régime légal d'assurance maladie allemand concourent à la gestion du système de sécurité sociale. Elles remplissent, à cet égard, une fonction de caractère exclusivement social, fondée sur le principe de solidarité et dépourvue de tout but lucratif.

Il convient de souligner, en particulier, que les caisses de maladie sont légalement contraintes d'offrir à leurs affiliés des prestations obligatoires, pour l'essentiel identiques, qui sont indépendantes du montant des cotisations. Lesdites caisses n'ont ainsi aucune possibilité d'influer sur ces prestations». En conséquence, «l'activité d'organismes tels que les caisses de maladie n'étant pas de nature économique, il s'ensuit que ces organismes ne constituent pas des entreprises au sens des articles 81 et 82 CE». Et la Cour d'ajouter que, «en déterminant ces montants fixes maximaux, les fédérations de caisses ne poursuivent pas un intérêt propre qui serait dissociable de l'objectif exclusivement social des caisses de maladie. Au contraire, en procédant à une telle détermination, lesdites fédérations s'acquittent d'une obligation qui est intégralement liée à l'activité des caisses de maladie dans le cadre du régime légal d'assurance maladie allemand» ⁽⁶⁵⁰⁾.

Question proche dans une affaire opposant la fédération espagnole des entreprises d'instruments scientifiques, médicaux techniques et dentaires (FENIN) à la Commission européenne quant à l'application des règles de concurrence à des organisations gérant une offre de santé sous forme de service national de la santé. La fédération espagnole d'entreprises, qui regroupait des fournisseurs aux hôpitaux du système national de santé, se plaignait à la Commission de ce que les entités gestionnaires du service national de santé réglaient systématiquement leurs dettes avec un retard moyen de 300 jours, alors qu'elles s'acquittaient de leurs autres dettes envers d'autres prestataires de services dans des délais plus raisonnables. Les entreprises affiliées à cette fédération s'estimaient victimes d'une discrimination liée à la position dominante des gestionnaires du système national de santé sur le marché espagnol des produits sanitaires. Pour rejeter la requête, le TPICE considère que le service national de santé «fonctionne conformément au principe de solidarité dans son

⁽⁶⁴⁸⁾ CJCE, 26 mars 1996, affaire C-238/94, Garcia, Rec. p. I-1673.

⁽⁶⁴⁹⁾ CJCE, 18 mai 2000, affaire C-206/98, Commission/Belgique, Rec. p. I-3509.

⁽⁶⁵⁰⁾ CJCE, 16 mars 2004, affaires C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, AOK Bundesverband et autres, Rec. p. I-2493.

mode de financement par des cotisations sociales et autres contributions étatiques et dans sa prestation gratuite de services à ses affiliés sur la base d'une couverture universelle. Ainsi, ces organismes n'agissent pas en tant qu'entreprises dans leur activité de gestion du SNS» ⁽⁶⁵¹⁾. Aussi, les organismes du service national de santé ne peuvent pas être considérés comme des entreprises au sens du droit communautaire de la concurrence, ni dans leur activité de gestion du service national de santé, ni dans leur activité d'achat y relative. Statuant en voie d'appel, la Cour de justice repousse le pourvoi en jugeant que le TPICE a fait une exacte application de la notion d'«entreprise» au sens du droit communautaire de la concurrence, notion qui renvoie à toute entité exerçant une activité économique indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement. C'est le fait d'offrir des biens ou des services sur un marché qui caractérise la notion d'activité économique. Or, en l'espèce, les entités gestionnaires exercent des activités de nature purement sociale et participent à la solidarité nationale. Il n'y a pas lieu, pour la Cour, de dissocier l'activité d'achat des entités gestionnaires, qui selon la FENIN était économique, du service fourni postérieurement. N'agissant pas en tant qu'entreprises lorsqu'elles achètent des produits sanitaires aux membres de la FENIN, les entités gestionnaires ne tombent pas sous le coup des règles du droit communautaire de la concurrence ⁽⁶⁵²⁾.

Le principe de solidarité s'est enfin déployé à propos de l'aménagement des conditions de fonctionnement d'un régime d'assistance sociale, qui était suspecté d'entraver la libre prestation des services et la liberté d'établissement. Il s'agissait d'un régime italien d'assistance sociale qui subordonnait le conventionnement de résidences pour personnes âgées au fait qu'elles soient gérées par des établissements à but non lucratif, condition que ne remplissait pas une société de droit luxembourgeois

établie en Italie. Pour la Cour, le «système d'assistance sociale, dont la réalisation est en principe confiée aux autorités publiques, est fondé sur le principe de la solidarité qui se traduit par le fait qu'il est destiné prioritairement à l'assistance de ceux qui se trouvent dans un état de nécessité, en raison de l'insuffisance des revenus familiaux, de l'absence totale ou partielle d'autonomie ou du risque de marginalisation et, ensuite seulement, dans les limites découlant de la capacité des structures et ressources disponibles, à l'assistance d'autres personnes, qui, toutefois, sont tenues à en supporter, à proportion de leur situation économique, les coûts, selon des tarifs déterminés eu égard aux revenus familiaux». Elle en conclut que, «en l'état actuel du droit communautaire, un État membre peut, dans le cadre de sa compétence retenue pour aménager son système de sécurité sociale, considérer qu'un système d'assistance sociale [...] implique nécessairement, en vue d'atteindre ses objectifs, que l'admission d'opérateurs privés à ce système en tant que prestataires de services d'assistance sociale soit subordonnée à la condition qu'ils ne poursuivent aucun but lucratif». Par conséquent, «la condition d'absence de but lucratif ne saurait être considérée comme étant contraire aux articles 52 et 58 du traité» ⁽⁶⁵³⁾.

B. Solidarité, sécurité sociale et services sociaux d'intérêt général

La nature originale de la sécurité sociale a été mise en exergue à l'occasion des discussions sur les services d'intérêt général ⁽⁶⁵⁴⁾. Ainsi, on s'est demandé si la sécurité sociale est un service social d'intérêt général à part. La directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur fait à cet égard écho à l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice, même si elle n'emploie pas le terme de «solidarité» à propos de

⁽⁶⁵¹⁾ TPICE, 4 mars 2003, affaire T-319/99, FENIN, Rec. p. II-357

⁽⁶⁵²⁾ CJCE, 11 juillet 2006, affaire C-205/03 P, FENIN/Commission, Rec. p. I-6295.

⁽⁶⁵³⁾ CJCE, 17 juin 1997, affaire C-70/95, Sodemare, Rec. p. I-3395.

⁽⁶⁵⁴⁾ Les services d'intérêt général se définissent comme des «services marchands et non marchands que les autorités publiques considèrent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations spécifiques de service public», livre blanc sur les services d'intérêt général, COM(2004) 374 final.

la sécurité sociale ⁽⁶⁵⁵⁾. La directive, qui vise à faciliter la libre prestation des services et la liberté d'établissement dans l'UE, «n'affecte pas la législation des États membres en matière de sécurité sociale» ⁽⁶⁵⁶⁾. Est ainsi confirmée l'analyse jurisprudentielle du concept d'«activité économique»: pour déterminer si certaines activités, notamment celles qui sont financées par les pouvoirs publics ou fournies par des entités publiques, constituent un «service», il convient de les examiner au cas par cas et de tenir compte de toutes leurs caractéristiques, notamment la manière dont elles sont fournies, organisées et financées dans l'État membre concerné. Or, «la caractéristique essentielle de la rémunération réside dans le fait que celle-ci constitue la contrepartie économique des services en cause et que cette caractéristique est absente dans le cas des activités qui sont accomplies, sans contrepartie économique, par l'État ou pour le compte de l'État, dans le cadre de ses missions dans les domaines social, culturel, éducatif et judiciaire, tels que les cours dispensés au sein du système d'éducation nationale ou encore la gestion des régimes de sécurité sociale qui n'ont aucune activité de nature économique. [...] Ces activités ne sont donc pas couvertes par la définition de "service" à l'article 50 du traité et n'entrent donc pas dans le champ d'application de la présente directive» (préambule, point 34). De même, la notion de «raisons impérieuses d'intérêt général» à laquelle se réfèrent certaines dispositions de la directive «Services» et qui a été élaborée par la Cour de justice, couvre au moins la protection sociale des travailleurs et la préservation de l'équilibre financier du système de sécurité sociale (préambule, point 40 et article 4, 8).

La Commission européenne assoit également la place particulière de la sécurité sociale au sein des services sociaux d'intérêt général. Dans une communication du 26 avril 2006 ⁽⁶⁵⁷⁾, elle range dans le

concept de «services sociaux», «les régimes légaux et les régimes complémentaires de protection sociale, sous leurs diverses formes d'organisation (mutualistes ou professionnelles), couvrant les risques fondamentaux de la vie, tels que ceux liés à la santé, la vieillesse, les accidents du travail, le chômage, la retraite, le handicap». Si les services sociaux, d'après le droit communautaire applicable, ne constituent pas une catégorie juridique distincte au sein des services d'intérêt général, ils présentent des caractéristiques particulières, telles qu'«un fonctionnement sur la base du principe de solidarité requis notamment par la non sélection des risques ou l'absence d'équivalence à titre individuel entre cotisations et prestations» ou «l'absence de but lucratif, notamment pour aborder les situations les plus difficiles et s'expliquant souvent par des raisons historiques». Ils se distinguent ainsi des services économiques d'intérêt général (SIEG), même si la distinction pratique entre services économiques et non économiques n'est pas aisée: «ce n'est pas le secteur ou le statut d'une entité assurant un service (par exemple le fait qu'il s'agisse d'une entreprise publique ou privée, d'une association d'entreprises ou d'un organisme d'administration publique), ni son mode de financement, qui déterminent si ses activités sont considérées comme économiques ou non économiques, mais la nature de l'activité elle-même» ⁽⁶⁵⁸⁾. On peut certes regretter que les régimes complémentaires soient tous identifiés à des régimes solidaires, ce qui est une généralisation inexacte, mais au moins la sécurité sociale est-elle identifiée à partir d'éléments de solidarité.

Le marché intérieur permet donc de faire émerger une *notion* de sécurité sociale ancrée dans le principe de solidarité. Celle-ci pourrait-elle constituer le socle commun *visible* des règles de coordination de demain?

⁽⁶⁵⁵⁾ Alors qu'elle l'invoque pour d'autres services sociaux, voir préambule de la directive, point 27.

⁽⁶⁵⁶⁾ Préambule, point 14 et article 1^{er}, paragraphe 6.

⁽⁶⁵⁷⁾ «Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne — Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne», COM(2006) 177 final.

⁽⁶⁵⁸⁾ En ce sens, communication de la Commission, «Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général: un nouvel engagement européen», COM(2007) 725 final du 20 novembre 2007.

III. LES RÈGLES DE COORDINATION DE DEMAIN ORGANISÉES AUTOUR DE LA SOLIDARITÉ?

Même si les règles de coordination sont d'une extrême sophistication, à la mesure de la complexité des objectifs qui lui sont fixés, elles souffrent d'un déficit d'*affection*. L'ingénierie supplante l'idéal. Or, la technique ne fait pas rêver; elle n'est pas porteuse de projet transcendant, elle n'enthousiasme pas les peuples. De manière plus prosaïque, elle n'intéresse pas ceux qui décident.

Pour redonner du sens aux règlements de coordination, ne faudrait-il pas marginaliser l'approche formelle de la sécurité sociale et, en lieu et place, faire fructifier une volonté conceptuelle? Dans ce cadre, les règlements de coordination devraient avoir pour objet de coordonner des régimes et des prestations de sécurité sociale solidaires. L'article 42 du traité CE laisse toute latitude en ce sens, puisqu'il indique simplement que le Conseil adopte «dans le domaine de la sécurité sociale» les mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs. Ne donnant pas de définition de la sécurité sociale, il n'empêche pas de construire les règles de coordination autour de la *notion* de sécurité sociale.

La perspective est-elle inaccessible? Peut-être pas, car la jurisprudence récente de la CJCE sur le thème de la coordination peut se lire comme la consécration d'un lien indissociable entre sécurité sociale et solidarité (A). L'étape suivante serait une association formelle, dans les règlements de coordination, entre sécurité sociale et solidarité (B).

A. Une sécurité sociale solidaire émergente dans la jurisprudence applicable aux règles de coordination?

L'arrêt Bosmann, dont il a déjà été question, mérite une attention particulière car il peut être vu comme le point d'entrée d'un nouveau paradigme; un para-

digme qui n'est pas sans lien avec la *notion* de sécurité sociale. Dans l'affaire Bosmann, le litige était né du fait que la mère de famille, de nationalité belge et qui résidait en Allemagne avec ses enfants, avait perdu le bénéfice des prestations familiales allemandes au motif que le droit néerlandais était devenu compétent au jour où elle avait trouvé un emploi de l'autre côté de la frontière, aux Pays-Bas. Or, le droit néerlandais ne prévoyait pas le versement de prestations dans la situation familiale où elle se trouvait ⁽⁶⁵⁹⁾. Pour la Cour de justice, le règlement (CEE) n° 1408/71 «ne s'oppose pas à ce qu'un travailleur migrant, qui est soumis au régime de sécurité sociale de l'État membre d'emploi, perçoive, en application d'une législation nationale de l'État membre de résidence, des prestations familiales dans ce dernier État». C'est l'article 42 du traité CE qui promeut cette interprétation: «les dispositions du règlement n° 1408/71 doivent être interprétées à la lumière de l'article 42 CE qui vise à faciliter la libre circulation des travailleurs et implique notamment que les travailleurs migrants ne doivent ni perdre des droits à des prestations de sécurité sociale ni subir une réduction du montant de celles-ci en raison du fait qu'ils ont exercé le droit à la libre circulation que leur confère le traité».

Le raisonnement de l'arrêt est certes critiquable, mais il en ressort l'embryon d'une méthode nouvelle qui consiste à prendre en compte l'effectivité du droit aux prestations dans les États et le niveau de prestations pour régler le conflit de lois, voire instaurer un concours de législations applicables. Une telle mécanique se prévaut d'une logique de «progrès social» promue par le traité CE, logique d'ailleurs inscrite dans le préambule des règlements (CEE) n° 1408/71 et (CE) n° 883/2004 qui doivent contribuer à l'amélioration du niveau de vie et des conditions d'emploi des personnes mobiles. Or, la logique de progrès social est une forme d'expression du principe de solidarité que la CJCE promeut dans les arrêts Poucet-Pistre. Plus encore, l'arrêt Bosmann suggère que coordonner des régimes

⁽⁶⁵⁹⁾ Ses enfants avaient dépassé la condition d'âge posée par le droit néerlandais.

nationaux de sécurité sociale qui ont pour point commun d'être solidaires, c'est extrapoler la solidarité dans l'ordre des relations internationales. C'est éviter que ces relations ne se caractérisent par un repli sur soi financier et humain des régimes nationaux, cloisonnement en contradiction avec ce qu'est la finalité solidaire de la sécurité sociale.

Avec l'arrêt Bosmann, c'est une solidarité entre des États (uniquement ceux avec lesquels une personne possède des points de rattachement, pour prendre une terminologie du droit international privé) qui se dévoile, les uns étant amenés à compenser les lacunes et faiblesses des autres pour que soit garantie la meilleure couverture sociale possible ou à tout le moins une couverture acceptable. Cette forme de solidarité interétatique est d'ailleurs appelée à remettre en question une jurisprudence brutale et impopulaire que, mis à part les experts des règlements de coordination, personne ne comprend, selon laquelle la coordination «ne garantit pas à un travailleur que l'extension de ses activités dans plus d'un État membre ou leur transfert dans un autre État membre soit neutre en matière de sécurité sociale. Compte tenu des disparités des législations de sécurité sociale des États membres, une telle extension ou un tel transfert peuvent, selon les cas, être plus ou moins avantageux ou désavantageux pour le travailleur sur le plan de la protection sociale» ⁽⁶⁶⁰⁾.

La solidarité de l'arrêt Bosmann est l'image transnationale d'une forme de solidarité interne propre à la sécurité sociale que la Cour de justice a longuement explicitée dans ses arrêts sur le marché intérieur, incarnée par le soutien aux personnes fragilisées par leur état de santé, leur état de fortune, leur situation professionnelle, leur âge, leur situation familiale, leur parcours de vie, etc. C'est cette solidarité interne aux régimes nationaux de sécurité sociale qu'il conviendrait de faire également ressortir dans les règlements de coordination.

⁽⁶⁶⁰⁾ CJCE, 19 mars 2002, affaires C-393/99 et C-394/99, Hervein e.a., Rec. p. I-2829.

B. Une solidarité formalisée dans les règlements de coordination: entre symboles et réalisations concrètes

Il faut commencer par dire que ce serait une erreur de penser que la finalité solidaire des régimes nationaux de sécurité sociale est étrangère aux règlements actuels de coordination. Elle constitue, en effet, un fil conducteur invisible autour duquel s'agrègent, depuis 1958 (au moment des premiers règlements de coordination), les régimes nationaux de sécurité sociale coordonnés. Les régimes de sécurité sociale protégés par la Cour de justice contre l'application des règles de droit communautaire sont en effet, plus ou moins, ceux que l'on retrouve dans les règlements de coordination, du moins si l'on s'arrête aux régimes d'origine légale. La Cour de justice a d'ailleurs fait le lien entre coordination et solidarité au détour d'une affaire où la situation monopolistique d'un organisme chargé du régime légal italien contre les accidents du travail et maladies professionnelles était contestée: la notion d'entreprise, au sens des articles 81 et 82 du traité CE, ne vise pas cet organisme car, notamment, «le règlement (CEE) n° 1408/71 [...] comporte des dispositions spécifiques en matière de coordination des régimes nationaux d'accident du travail et de maladie professionnelle, pour l'application desquelles, s'agissant de la République italienne, l'INAIL est expressément désigné comme institution compétente» ⁽⁶⁶¹⁾. On ajoutera que certains régimes (on pense au régime ARRCO-AGIRC en France), de nature conventionnelle, ont été intégrés dans les règlements de coordination en raison de leur nature solidaire.

L'enjeu est de savoir comment rendre visible, dans les règles de coordination, ce lien fédérateur entre régimes de sécurité sociale et solidarité; comment le valoriser, et pour quels desseins. À notre avis, les objectifs doivent être à la fois symboliques et fonctionnels, dualité qui fait écho à la notion de notion présentée en introduction de l'étude.

⁽⁶⁶¹⁾ CJCE, 22 janvier 2002, préc.

Au stade des symboles, il s'agirait de créer un effet d'affichage dans le préambule du règlement. En plaçant la coordination sous l'auspice de régimes de sécurité sociale ayant en commun une finalité solidaire au sens développé par la jurisprudence de la CJCE, on donnerait un nouveau souffle à la coordination. Celle-ci continuerait certes à jouer le rôle d'instrument de la libre circulation des personnes, mais elle aurait une identité, une force propre, une dynamique: car la solidarité n'est pas qu'un état à préserver, un attachement à exprimer et défendre, c'est également un objectif à atteindre. Autrement dit, la solidarité est non seulement une identité commune qui rassemble les systèmes nationaux de sécurité sociale des États membres et qui mérite d'être inscrite dans le texte communautaire le plus important consacré à la sécurité sociale, mais c'est aussi ce vers quoi ils doivent tendre. À un moment où les systèmes de sécurité sociale doivent «se moderniser» ⁽⁶⁶²⁾, terme plein d'ambiguïté, n'est-il pas nécessaire de rappeler l'existence d'un socle intouchable? Inscire la solidarité au fronton des règlements de coordination, c'est dire l'attachement de l'Europe à une sécurité sociale solidaire.

Au stade opérationnel, il n'y a pas de profonds bouleversements à attendre, mais quelques opportunités à provoquer. Ainsi, la référence solidaire pourrait aider à voir la coordination autrement, à faire avancer les règlements de coordination sur des points de blocage en ouvrant des horizons qui paraissent inaccessibles pour le moment. Quatre initiatives saillantes ⁽⁶⁶³⁾ pourraient ainsi être mises en chantier:

- le champ d'application du règlement pourrait être repensé. En particulier, l'échec de la proposition de directive «relative à l'amélioration de la portabilité des droits à pension complémen-

taire» ⁽⁶⁶⁴⁾, même vidée de sa substance à la suite de la transformation par la Commission en proposition de directive relative «aux prescriptions minimales visant à accroître la mobilité des travailleurs en améliorant l'acquisition et la préservation des droits à pension complémentaire» ⁽⁶⁶⁵⁾, invite à faire une place aux régimes de pension complémentaires solidaires dans les règlements de coordination, même lorsqu'il s'agit d'une solidarité de niveau professionnel. Le préambule de la directive 98/49/CE affirme que «le système de coordination prévu par les règlements (CEE) n° 1408/71 et (CEE) n° 574/72 et, en particulier, les règles applicables en matière de totalisation ne sont pas adaptés aux régimes de pension complémentaire». N'est-ce pas sous-estimer la capacité d'adaptation et la créativité des règlements de coordination, spécialement à l'heure où les régimes de retraite légaux de plusieurs pays se mettent aux comptes notionnels, avec système de points ⁽⁶⁶⁶⁾? Quoi qu'il en soit, intégrer les régimes complémentaires de pension dans les règlements de coordination redonnerait à celles-ci de la crédibilité, car coordonner une sécurité sociale unijambiste n'est pas rendre justice à cette formidable réussite européenne qu'est la sécurité sociale;

- la prise en charge des soins transfrontaliers pourrait être redessinée, l'initiative d'une directive spéciale nourrie par la libre prestation des services ⁽⁶⁶⁷⁾ n'étant pas cohérente. Cette proposition de directive affaiblit les règles de coordination en même temps qu'elle dessert les citoyens par la complexité et l'opacité qu'elle engendre. Dès lors qu'ils sont couverts par des régimes de sécurité sociale solidaires, les soins

⁽⁶⁶²⁾ Par référence à la communication de la Commission européenne, «Moderniser la protection sociale pour renforcer la justice sociale et la cohésion économique: promouvoir l'inclusion active pour les personnes les plus éloignées du marché du travail», COM(2007) 620 final.

⁽⁶⁶³⁾ D'autres questions, pour répondre à la CJCE, mériteraient relecture: statut des prestations aux victimes de guerre, régime des clauses de résidence (en particulier pour les prestations chômage), articulation avec le règlement (CEE) n° 1612/68, etc.

⁽⁶⁶⁴⁾ Présentée par la Commission le 20 octobre 2005, COM(2005) 507 final.

⁽⁶⁶⁵⁾ Présentée par la Commission le 9 octobre 2007, COM(2007) 603 final.

⁽⁶⁶⁶⁾ À la marge, certains régimes d'entreprise pourraient demeurer hors du champ de la coordination, car irréductibles aux mécanismes de celle-ci. Mais même pour ces régimes, l'on pourrait envisager une autre attitude, plus volontariste, consistant à forcer leur intégration dans la coordination, ce qui supposerait l'adaptation préalable desdits régimes.

⁽⁶⁶⁷⁾ Voir l'actuelle proposition de directive relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, COM(2008) 414 final du 2 juillet 2008.

transfrontaliers devraient être intégralement appréhendés, pour ce qui est des modalités de leur prise en charge, par les règlements de coordination et ne devraient pas rejetés vers une directive parallèle;

- les règles de conflit de lois pourraient être réexaminées. Il s'agirait notamment de remettre sur le métier, à la suite de l'arrêt Bosmann, le principe d'unicité et de le repenser à la lumière des objectifs de progrès social et de solidarité;
- concernant enfin la sécurité sociale des inactifs mobiles, l'objectif serait de formaliser, dans les situations de conflit de sources, la prévalence des règlements de coordination sur la directive 2004/38/CE, antisolidaire par excellence.

Au-delà de ces chantiers, faire passer les règlements de coordination du stade d'un dispositif technique à celui de porte-parole d'un principe fondamental inhérent au modèle social européen permettrait de lutter à armes plus égales contre des sources parallèles qui défendent d'autres principes fondamentaux — citoyenneté de l'Union, libre prestation des services, libre circulation des personnes, etc. Peut-on, à cette occasion, espérer que le juge communautaire redeviendrait *inspiré* par les règles de coordination et l'esprit qui les anime?

IV. CONCLUSION

Il est paradoxal d'observer que ce sont les conditions de fonctionnement du marché intérieur qui

valorisent la *notion* de sécurité sociale, alors même que le marché intérieur, on l'a vu en particulier à l'occasion des discussions sur la directive «Services», est considéré dans l'opinion publique comme le reflet d'une vision néo-libérale, voire antisolidaire, de l'Europe.

Si les règles de coordination veulent à nouveau rayonner dans l'ordre juridique communautaire, l'une des pistes est de valoriser le principe de solidarité qui est consubstantiel à la sécurité sociale. Ainsi, les règlements de coordination retrouveront la place de moteur qu'ils ont eu, à l'origine, dans la construction du marché commun.

On pourra ne pas être d'accord avec les pistes proposées. Sont-elles d'ailleurs réalistes si on les resitue dans le contexte juridique et politique de l'Union européenne? Au-delà des solutions imaginées, c'est sur le constat qu'il convient d'insister et de discuter: les règlements de coordination sont victimes de leur technicité et de leur manque de direction, ayant pour objet une sécurité sociale désstabilisée par le juge et le législateur communautaire. À cet égard, le dynamisme du marché intérieur, même si l'idéologie est contestée, est un modèle à suivre pour redonner à la sécurité sociale et à la coordination une *unité* après laquelle elles courent.

NOUVEAUX MODÈLES DE MIGRATION ET DÉFIS À VENIR

Paul Minderhoud ⁽⁶⁶⁸⁾

Université Radboud, Nimègue (Pays-Bas)

Paul Minderhoud est professeur associé du Centre pour le droit de la migration de l'université Radboud de Nimègue, aux Pays-Bas. Sa thèse de doctorat est une étude sociojuridique des différences de traitement entre immigrés et autochtones quant à la mise en œuvre de la législation en matière d'allocations familiales et d'assurance invalidité aux Pays-Bas: «Voor mij zijn ze allemaal gelijk» (Amsterdam: Thesis Publishers 1993). Son travail est essentiellement centré sur les aspects juridiques et sociojuridiques de l'immigration et de la sécurité sociale. Il est chef de projet du *European Network on Free Movement of Workers* et coauteur du *European Journal of Migration and Law*. Pour connaître ses publications, veuillez consulter son site internet personnel: <http://www.ru.nl/rechten/minderhoud> (*).



I. INTRODUCTION

L'UE compte aujourd'hui quelque 490 millions d'habitants.

Du fait des différentes évolutions des caractéristiques démographiques de la population européenne et du retrait des *baby-boomers* du marché du travail, la population active connaîtra dans les années à venir un déclin important. Cela aura des répercussions négatives sur le budget des retraites, sur les dépenses en matière de santé et de soins de longue durée, sur le taux de dépendance et plus généralement sur le dynamisme de l'économie. Selon les dernières projections démographiques d'Eurostat, d'ici à 2060, la population de l'UE en âge de travailler devrait, d'ici à 2060, diminuer de près de 50 millions de personnes même si l'immigration nette se maintient à ses niveaux historiques. Sans cette immigration, d'ici à 2060 la

population active serait diminuée d'environ 110 millions par rapport à aujourd'hui, ce qui signifie que le nombre de personnes de plus de 65 ans dans l'ensemble de l'UE aura d'ici là été multiplié par plus de deux. Dans ce contexte, les migrations sont devenues des facteurs déterminants de l'évolution démographique dans l'UE puisqu'elles dépassent depuis quelques années la contribution naturelle. Mais la contribution la plus importante de l'immigration pour la compétitivité et l'économie de l'UE sera d'aider, en accord et en tant qu'élément essentiel de la stratégie de Lisbonne pour la croissance et l'emploi, à combler les carences prévisibles en main-d'œuvre et en compétences sur les marchés européens de l'emploi. Il est important de souligner à cet égard que la diminution de la population active sera automatiquement compensée par un nombre équivalent d'immigrants: un tel niveau d'immigration serait irréaliste et imposerait de trop fortes contraintes sur les économies et les sociétés de l'UE. Qui plus est, dans l'UE, la fixation du volume d'admission

(*) Cette contribution a été traduite à partir de la version anglaise originale.

⁽⁶⁶⁸⁾ Centre for Migration law, Radboud, université de Nimègue, Pays-Bas.

des travailleurs migrants reste du ressort de chaque État membre ⁽⁶⁶⁹⁾.

M. Frattini, ancien Commissaire chargé de la justice, la liberté et la sécurité, a souligné en 2007 que l'UE avait besoin d'immigration. Mais il a également insisté sur le fait que l'immigration seule ne pouvait être la solution au vieillissement des populations. L'augmentation de l'immigration nette n'évitera pas aux décideurs politiques européens de mettre en œuvre des changements, structurels entre autres, s'ils veulent amortir l'impact du vieillissement des populations, ce qui représente un défi à ne pas sous-estimer ⁽⁶⁷⁰⁾.

A. Quelques chiffres supplémentaires

En 2006, quelque 3 millions d'immigrants étrangers se sont établis dans d'autres pays de l'UE-27. Ces immigrants peuvent être répartis en deux groupes au regard de leur citoyenneté: les citoyens des États membres de l'UE-27 (1,2 million de personnes) et les citoyens hors UE-27 (1,8 million de personnes) ⁽⁶⁷¹⁾.

Les citoyens issus de l'UE-27 représentaient 40 % des immigrants étrangers dans les États membres. Les 60 % d'immigrants étrangers restants étaient représentés à parts presque égales par des citoyens de pays européens hors UE-27, de pays d'Asie, d'Amérique et d'Afrique.

En 2006, les groupes d'immigrants les plus importants provenaient de Pologne (environ 290 000 personnes), de Roumanie (environ 230 000), du Maroc (environ 140 000), du Royaume-Uni, d'Ukraine et de Chine (chacun environ 100 000) et d'Allemagne (environ 90 000 personnes).

En 2006, le plus grand nombre d'immigrants était enregistré en Espagne (803 000 personnes), en Alle-

magne (558 500) et au Royaume-Uni (451 700), qui ont ensemble accueilli 60 % de l'immigration étrangère arrivant dans l'UE-27.

Si l'on rapporte l'immigration à la population de l'État membre de destination, les plus hauts taux d'immigration étrangère dans l'UE-27 ont été enregistrés au Luxembourg (28,8 immigrants pour 1 000 habitants), en Irlande (19,6), à Chypre (18,7), en Espagne (18,1) et en Autriche (10,3), alors que la moyenne de l'UE-27 est de 6,2 immigrants pour 1 000 habitants. En Pologne, Roumanie, Lituanie et Lettonie, les taux sont tout au plus d'1 immigrant pour 1 000 habitants.

Dans 17 des 24 États membres sur lesquels des données sont disponibles, la majorité des émigrants provenaient de l'extérieur de l'UE-27. La part la plus importante de cette catégorie d'immigrants a été enregistrée en Slovaquie (90 %), en Roumanie (86 %), au Portugal (84 %) et en République tchèque (83 %). Sept États membres ont accueilli en majorité des immigrants provenant de l'UE-27: le Luxembourg (84 %), l'Irlande (77 %), l'Allemagne (57 %), la Hongrie et la Slovaquie (54 % chacune), l'Autriche (53 %) et la Belgique (51 % en 2003).

En 2006, les ressortissants de pays tiers représentaient environ 3,8 % de la population totale de l'UE ⁽⁶⁷²⁾, soit deux fois plus que le nombre de citoyens de l'UE résidant dans un autre État membre.

B. Trois grandes questions

Dans le contexte de ces évolutions démographiques et de l'objectif de Lisbonne (faire de l'économie de l'UE la plus compétitive au monde), trois questions importantes seront étudiées dans cet article. Tout d'abord, le chapitre suivant analysera la situation actuelle et les conséquences des élargissements de 2004 et de 2007.

⁽⁶⁶⁹⁾ Voir «Une politique commune de l'immigration pour l'Europe», 17 juin 2008, MEMO/08/402.

⁽⁶⁷⁰⁾ Discours 07/91 de M. Frattini, «The future of EU migration and integration policy», London School of Economics, 23 février 2007.

⁽⁶⁷¹⁾ Voir Eurostat, «Recent Migration Trends: Citizens of EU-27 Member States become ever more mobile while EU remains attractive to non-EU citizens», *Statistics in Focus*, 98/2008.

⁽⁶⁷²⁾ Au 1^{er} janvier 2006, 18,5 millions de ressortissants de pays tiers résidaient dans l'UE. La plupart n'étaient pas des immigrants eux-mêmes mais des descendants d'immigrants qui n'avaient pas la citoyenneté de leur pays de résidence. Voir COM(2007) 539.

Ensuite, nous nous intéresserons à la politique européenne en matière de migration et à ses évolutions au cours des dix dernières années. Nous mettrons l'accent sur la migration des travailleurs que les États membres considèrent depuis toujours comme une question exclusivement nationale, même s'ils commencent à accepter les règles européennes.

La politique européenne en matière de migration comprend un élément intéressant: celui que l'on a baptisé «l'approche globale» et que nous étudierons en troisième partie de cet article. Dans le cadre de cette approche globale, on prête une attention croissante au phénomène de migration circulaire. Comme nous l'indiquions précédemment, nous nous concentrerons sur la migration des travailleurs et, étant donné le thème de cette conférence, prêterons une attention spéciale aux relations entre cette migration et les systèmes de sécurité sociale.

II. ÉLARGISSEMENT

Un événement important a eu un impact sur la libre circulation des travailleurs dans l'UE et a créé de nouveaux modèles de migration: l'élargissement de l'UE et son passage de 15 à 25 États membres le 1^{er} mai 2004 puis à 27 États membres le 1^{er} janvier 2007. L'accession de dix puis de deux nouveaux États membres a créé et continue de créer de nouveaux flux migratoires au travers de l'Europe ⁽⁶⁷³⁾.

Le droit fondamental de libre circulation des travailleurs est soumis à des dispositions transitoires. La période de transition des deux traités d'adhésion (2003 et 2005), d'une durée maximale de sept ans, est divisée en trois phases (selon la formule «2 + 3 + 2»). La phase initiale de deux ans, au cours de laquelle l'accès des travailleurs provenant de

l'UE-8 ou de l'UE-2 est régi par la législation nationale des autres États membres, est déjà arrivée à son terme. Pendant la seconde phase de trois ans, les États membres peuvent prolonger l'application de leurs mesures nationales. Les restrictions prennent en principe fin au terme de la deuxième phase. Cependant, un État membre maintenant des mesures nationales à la fin de cette deuxième phase peut continuer de les appliquer jusqu'au bout de la période de sept ans suivant la date d'adhésion si des perturbations graves surviennent ou risquent de survenir sur son marché du travail et après en avoir averti la Commission. Les dispositions transitoires cesseront irrévocablement de s'appliquer le 31 décembre 2013 en ce qui concerne la Bulgarie et la Roumanie, et le 30 avril 2011 en ce qui concerne l'UE-8 ⁽⁶⁷⁴⁾.

A. Élargissement de 2004

Ainsi, les dispositions transitoires stipulées dans le traité d'adhésion de 2003 autorisent des dérogations limitées à une période de transition qui prendra fin de façon irrévocable le 30 avril 2011. La seconde phase concernant les États membres de l'UE-8 vient de se terminer le 30 avril 2009. Pendant cette phase, 11 des 15 États membres de l'UE-15 ont entièrement ouvert leurs marchés de l'emploi aux travailleurs des États membres de l'UE-8: le Royaume-Uni, l'Irlande et la Suède avaient déjà ouvert leur marché du travail immédiatement après l'élargissement. Ils ont été suivis par l'Espagne, la Finlande, la Grèce et le Portugal le 1^{er} mai 2006 et le 27 juillet 2006 par l'Italie. Les Pays-Bas avaient levé toutes les restrictions au 1^{er} mai 2007, le Luxembourg au 1^{er} novembre 2007 et la France au 1^{er} juillet 2008. Le Royaume-Uni poursuit son programme d'enregistrement obligatoire et en Finlande les évolutions de l'emploi doivent être enregistrées à des fins de suivi.

⁽⁶⁷³⁾ On entend par «États membres de l'UE-25» tous les États membres appartenant à l'UE avant le 1^{er} janvier 2007. Les «États membres de l'UE-25» sont ceux qui appartenaient à l'UE avant le 1^{er} mai 2004. Les «États membres de l'UE-10» sont ceux qui ont rejoint l'UE le 1^{er} mai 2004 et les «États membres de l'UE-8» sont les États de l'UE-10 hormis Malte et Chypre. Les «États membres de l'UE-2» sont la Bulgarie et la Roumanie.

⁽⁶⁷⁴⁾ Communication de la Commission, «Les répercussions de la libre circulation des travailleurs dans le contexte de l'élargissement de l'Union européenne — Rapport rendant compte de la première phase d'application (1^{er} janvier 2007-31 décembre 2008) des dispositions transitoires établies dans le traité d'adhésion de 2005 et répondant aux demandes émises en vertu des dispositions transitoires fixées dans le traité d'adhésion de 2003», COM(2008) 765.

Les quatre États membres de l'UE-15 qui ont maintenu des restrictions ont néanmoins simplifié leurs procédures ou réduit les restrictions dans certains secteurs ou pour certaines professions (Autriche, Belgique, Danemark et Allemagne). La Belgique et le Danemark avaient levé toutes leurs restrictions au 1^{er} mai 2009.

L'Allemagne et l'Autriche ont également conservé des mesures nationales sur la prestation transfrontalière de services.

Les trois États membres de l'UE-8 qui avaient au départ appliqué des mesures réciproques ont cessé de le faire (pour la Slovaquie le 25 mai 2006, la Pologne le 17 janvier 2007 et la Hongrie le 1^{er} janvier 2009).

B. Élargissement de 2007 ⁽⁶⁷⁵⁾

La Bulgarie et la Roumanie ont accédé à l'Union au début de l'année 2007. Les accords d'adhésion avec ces deux nouveaux États membres autorisent les 25 autres à appliquer des dispositions transitoires concernant la libre circulation des travailleurs, dont le contenu est identique à celles appliquées aux États membres entrés en 2004 (hormis à Chypre et à Malte, où les ressortissants ont le droit de circuler librement à des fins d'emploi depuis l'adhésion de leur pays).

Au cours de la première phase (du 1^{er} janvier 2007 au 31 décembre 2008), dix États membres de l'UE-25 (République tchèque, Estonie, Chypre, Lettonie, Lituanie, Pologne, Slovaquie, Finlande et Suède) ont libéralisé dans leur législation nationale l'accès des travailleurs bulgares et roumains à leur marché du travail. Certains États membres de l'UE-8 ont utilisé leur désaccord face au prolongement de l'application des régimes transitoires à leurs ressortissants dans certains États membres de l'UE-15 comme un argument majeur pour accorder aux

citoyens bulgares et roumains le droit de libre circulation ⁽⁶⁷⁶⁾.

Ces pays ont été suivis par l'Espagne, la Grèce, la Hongrie et le Portugal le 1^{er} janvier 2009, tandis que la deuxième phase était lancée au Danemark le 1^{er} mai 2009 ⁽⁶⁷⁷⁾.

Les autres États membres de l'UE-25 ont conservé leurs systèmes de permis de travail, avec parfois quelques modifications ou simplifications de procédures.

Par exemple, Malte délivre des permis de travail pour des postes exigeant des travailleurs qualifiés et/ou expérimentés et pour les postes difficiles à pourvoir par manque de main-d'œuvre. La France applique une procédure simplifiée à 150 professions pour lesquelles un permis de travail est délivré sans considération de l'état du marché du travail. Le Luxembourg a instauré des procédures simplifiées pour les emplois dans l'agriculture, la viticulture, le secteur de l'hôtellerie et de la restauration, ainsi que pour les personnes dont les qualifications spécifiques sont demandées dans le secteur financier. La Belgique a créé une procédure accélérée pour délivrer des permis de travail en cinq jours pour les professions en manque de main-d'œuvre.

L'Italie ne demande aucun permis de travail dans certains secteurs (agriculture, tourisme et hôtellerie, services ménagers, services de soins, construction, ingénierie, postes d'encadrement et hautement qualifiés, travaux saisonniers). Au Royaume-Uni, l'employeur doit déposer une demande de permis de travail (hormis pour certaines catégories de postes) et le travailleur doit solliciter une carte attestant qu'il est un travailleur provenant d'un pays adhérent (*Accession worker card*). Les travailleurs peu qualifiés sont soumis à

⁽⁶⁷⁵⁾ Source: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=508&langId=fr>

⁽⁶⁷⁶⁾ Voir Kees Groenendijk, Elspeth Guild, Roel Fernhout, Pieter Boeles, Ryszard Cholewinski et Paul Minderhoud, *European Report on the Free Movement of Workers in 27 EU Member States in 2007*, Nimègue, Centre for Migration Law, 2008.

⁽⁶⁷⁷⁾ En Finlande, à Chypre et en Slovaquie, l'emploi doit ensuite être enregistré à des fins de suivi.

des systèmes de quotas mis en place dans les secteurs de l'agriculture et de l'agroalimentaire et les travailleurs qualifiés peuvent travailler pour autant qu'ils obtiennent un permis de travail ou s'inscrivent dans le cadre d'un programme réservé aux travailleurs migrants hautement qualifiés (*Highly Skilled Migrant Programme*). Aux Pays-Bas, un permis de travail est délivré dès lors qu'il n'y a pas de travailleurs disponibles aux Pays-Bas ou dans les autres États membres de l'UE et l'employeur demandeur peut proposer un logement et des conditions de travail appropriés. Des dérogations temporaires peuvent être accordées dans les secteurs en manque de main-d'œuvre.

L'Irlande ne demande aucun permis de travail. L'Australie et l'Allemagne, elles, continuent de l'exiger et appliquent des restrictions sur l'affectation de travailleurs dans certains secteurs.

D'ici au 31 décembre 2011, les États membres qui appliquent toujours des dispositions transitoires aux travailleurs des deux pays devront soit les lever, soit justifier la raison pour laquelle la prolongation de leur application est nécessaire, en regard des dispositions du traité d'adhésion.

La Bulgarie et la Roumanie, pour leur part, ont décidé de ne pas restreindre l'accès à leur marché du travail aux citoyens des États membres de l'UE-25 qui imposent des restrictions aux travailleurs bulgares et roumains.

C. Modèles migratoires provoqués par les élargissements

La Commission a publié en novembre 2008 un rapport sur l'impact de la libre circulation des travailleurs dans le contexte de l'élargissement de l'UE ⁽⁶⁷⁸⁾. Selon ce rapport, l'ampleur exacte des flux

de mobilité consécutifs à l'élargissement est difficile à déterminer, car les données existantes sont incomplètes et les frontières entre les États membres largement ouvertes. Néanmoins, les statistiques et données sur la population fournies par l'Enquête sur les forces de travail de l'Union européenne donnent à penser que le nombre de citoyens bulgares ou roumains résidant dans l'UE-25 a augmenté, passant de 690 000 (à la fin de 2003) à plus ou moins 1,8 million (à la fin de 2007); ce processus avait toutefois commencé bien avant l'adhésion des deux pays, en janvier 2007. Ces chiffres correspondent en moyenne à une augmentation nette d'environ 290 000 personnes par an. Les Roumains représentaient approximativement 19 % de l'ensemble des migrants récents à l'échelon intra-communautaire, partis résider dans un autre État membre au cours des quatre dernières années, et les Bulgares quelque 4 %.

Leur principal pays de destination a été l'Espagne, qui a accueilli plus de 50 % de ces citoyens roumains ou bulgares ayant migré récemment à l'intérieur de l'Union. Pour les Roumains, l'Italie (qui a accueilli environ 25 % d'entre eux) arrivait en deuxième position; les flux enregistrés vers les autres États membres étaient beaucoup plus faibles et n'excédaient pas 2 % du total. Pour les migrants originaires de Bulgarie, la deuxième grande destination a été l'Allemagne (15 %) (la Grèce, l'Italie, la France, le Royaume-Uni et Chypre ayant accueilli à parts largement égales la plupart des autres ressortissants de ce pays). Bien que significative en termes absolus, la population des citoyens bulgares ou roumains concernés paraît modeste en comparaison de la population totale des pays d'accueil.

Le nombre de ressortissants d'autres États membres de l'UE ayant enregistré leur résidence en Bulgarie et en Roumanie restait assez faible en 2007 (environ 5 000 en Bulgarie et 9 000 en Roumanie) ⁽⁶⁷⁹⁾. Mais ce chiffre augmente rapidement. Les dernières

⁽⁶⁷⁸⁾ Communication de la Commission, «Les répercussions de la libre circulation des travailleurs dans le contexte de l'élargissement de l'Union européenne — Rapport rendant compte de la première phase d'application (1^{er} janvier 2007-31 décembre 2008) des dispositions transitoires établies dans le traité d'adhésion de 2005 et répondant aux demandes émises en vertu des dispositions transitoires fixées dans le traité d'adhésion de 2003», COM(2008) 765.

⁽⁶⁷⁹⁾ Voir Kees Groenendijk, Elspeth Guild, Roel Fernhout, Pieter Boeles, Ryszard Cholewinski et Paul Minderhoud, *European Report on the Free Movement of Workers in 27 EU Member States in 2007*, Nimègue, Centre for Migration Law, 2008.

données officielles publiées par l'office de l'immigration roumain (ORI) indiquent que 24 000 citoyens provenant d'autres pays de l'UE vivent actuellement en Roumanie ⁽⁶⁸⁰⁾.

Sur un plan macroéconomique, l'élargissement n'a pas eu d'impact significatif sur l'évolution globale du marché du travail. Le rapport de la Commission indique que la mobilité post-élargissement (et la mobilité intra-UE récente en général) est, dans la plupart des cas, temporaire. Selon les données de certains États membres, de nombreux travailleurs mobiles se rendent dans un autre État membre pour une période limitée et n'ont pas l'intention d'y rester pour toujours. Les données du Royaume-Uni suggèrent qu'environ la moitié des citoyens de l'UE-8 qui sont venus travailler au Royaume-Uni en 2004 ont déjà quitté le pays. Un schéma similaire se dessine en Irlande ⁽⁶⁸¹⁾.

Le ministère de l'intérieur britannique a récemment confirmé que les travailleurs provenant de Pologne et des autres pays de l'Est arrivaient en moins grand nombre dans le pays et que davantage d'étrangers le quittaient avec l'aggravation de la récession économique. Le ministère a déclaré que 26 815 personnes originaires des États membres de l'UE-8 avaient déclaré travailler dans le pays au cours du quatrième trimestre de 2008, soit une diminution de 53 % par rapport au pic des 57 310 personnes comptabilisées au cours des trois mois précédant septembre 2007. «Des recherches suggèrent que bon nombre de ceux qui étaient venus sont maintenant rentrés chez eux», indique Phil Woolas, ministre de l'Immigration du gouvernement travailliste ⁽⁶⁸²⁾.

Selon le rapport de la Commission, la crainte de voir l'arrivée des Roumains et des Bulgares aggraver les pertes d'emplois n'était pas fondée. Les migrants économiques des États membres de l'UE-8 et de l'UE-2 n'ont provoqué aucun bouleversement grave sur les marchés du travail des autres pays de l'UE. Selon la Commission, ils ont plutôt contribué à la croissance économique sans pousser les travailleurs locaux vers la sortie ni faire baisser les rémunérations.

Par ailleurs, la distribution régionale des flux et des volumes de migration au sein de l'UE-15 a changé depuis l'élargissement de l'UE: 60 % des migrants de l'UE-8 résidaient en Allemagne et en Autriche avant l'élargissement. Mais en 2007, 43 % des migrants de l'UE-8 résidaient au Royaume-Uni et en Irlande. Depuis l'élargissement, plus de 70 % des flux de migration nets provenant des États membres de l'UE-8 ont été absorbés par le Royaume-Uni et l'Irlande. Dans les années 90, 70 % des migrants provenant de Bulgarie et de Roumanie dans l'UE-15 s'étaient établis en Allemagne et en Autriche, mais depuis le début du millénaire, des pays comme l'Espagne et l'Italie accueillent 80 % des flux de migration nets provenant de la Bulgarie et de la Roumanie ⁽⁶⁸³⁾.

D. Problèmes pratiques

Bien que le rapport de la Commission donne une image positive de l'élargissement au niveau macroéconomique, une analyse plus focalisée au niveau microéconomique révèle des problèmes qui ne peuvent pas être niés.

Le rapport européen de 2007 sur la libre circulation des travailleurs dans les États membres de l'UE-27 mentionne plusieurs problèmes concernant des travailleurs (détachés) par des États membres de l'UE-8 employés dans des conditions de travail et d'hébergement insuffisantes, des problèmes d'ac-

⁽⁶⁸⁰⁾ Voir <http://www.financiarul.ro/2009/04/06/as-many-as-80000-foreign-citizens-live-in-romania/>

⁽⁶⁸¹⁾ Voir Commission européenne, *L'emploi en Europe 2008*, Commission européenne, chapitre 3: «La mobilité géographique de la main-d'œuvre dans le contexte de l'élargissement de l'Union européenne» (<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=119&langId=fr>), et N. Polard, M. Lattorre et D. Sriskandarajah (2008), *Floodgates or turnstiles? Post enlargement migration flows to (and from) the UK*, Institute for Public Policy Research.

⁽⁶⁸²⁾ The Bloomberg News, 24 février 2009 (<http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=20601102&sid=alBYXso1zMI&refer=uk>).

⁽⁶⁸³⁾ Herbert Brücker, *Labour Mobility within the EU: Causes, Directions and Constraints*, ÖNB Conference «The Integration of European Labor Markets», Vienne, 17 et 18 novembre 2008.

cès aux prestations sociales et aux services d'intégration, mais aussi d'éducation des enfants migrants ⁽⁶⁸⁴⁾. Les mesures législatives prises pour lutter contre ces pratiques sont assez inefficaces, selon le rapport, lequel s'interroge sur la bonne application du droit des travailleurs des États membres de l'UE-8 à circuler librement après douze mois de travail dans n'importe quel État membre profitant encore des dispositions transitoires.

Selon de récentes recherches empiriques réalisées parmi des travailleurs polonais au Royaume-Uni, M^{me} Currie décrit que s'il existe un droit formel de rapprochement des familles, il n'est pas toujours réalisable dans la pratique ⁽⁶⁸⁵⁾. Au Royaume-Uni (ainsi qu'aux Pays-Bas) par exemple, il a été mis en évidence que dans la réalité, beaucoup de migrants post-adhésion résidaient dans des hébergements proposés par leurs employeurs et que l'espace, voire les conditions de vie, y étaient insuffisantes pour que leurs familles puissent les rejoindre. Au Royaume-Uni, une confusion pourrait avoir été entretenue autour des restrictions applicables aux prestations sociales pour convaincre les travailleurs migrants de l'UE-8 que si leurs familles les rejoignaient, elles n'auraient pas droit aux services ni aux prestations sociales. Or, ces prestations sont particulièrement importantes, en particulier pour les familles avec enfants.

Selon M^{me} Currie, il y a lieu de se demander si l'égalité formelle après expiration des périodes de transition sera suffisante pour parvenir à une réelle égalité matérielle, au regard de l'expérience sur la citoyenneté des ressortissants de l'UE-15, d'une part, et de ceux de l'UE-8 et de l'UE-2, de l'autre ⁽⁶⁸⁶⁾.

Autre point préoccupant: la sous-exploitation des compétences des migrants. Les migrants de tous

les nouveaux États membres sont employés dans leurs pays d'accueil bien en deçà de leur niveau de formation. On peut se demander si ces travailleurs de l'UE-8 et l'UE-2, après avoir passé plusieurs années à l'étranger et y avoir occupé des emplois dé-qualifiants, seront capables de réintégrer leurs professions une fois rentrés dans leur État d'origine. Des périodes d'absence plus longues pourraient avoir un effet dommageable sur la carrière du travailleur migrant chez lui ⁽⁶⁸⁷⁾.

E. Élargissement et évolutions à venir

Le rapport de la Commission conclut qu'il semble que les flux de mobilité depuis l'UE-2 et l'UE-8 aient déjà atteint leur maximum et que la plupart des mouvements intracommunautaires récents aient été de nature temporaire. L'augmentation rapide des revenus et de la demande de main-d'œuvre dans les pays d'origine combinée à la forte diminution du nombre de jeunes enclins à l'émigration, semble réduire les flux de travailleurs et conduira probablement à un nouveau recul de l'offre à l'intérieur de l'Union européenne.

Dans le contexte d'une économie en croissance stable et en demande de nouveaux travailleurs migrants, cela aurait pu être un argument solide pour lever toutes les dispositions transitoires restantes, voire élargir les négociations d'élargissement avec d'autres pays. Mais la crise économique actuelle remet tout cela en question.

La récession mondiale affectera les flux migratoires de demain. Les pays de l'UE-8 et l'UE-2 dont ces flux proviennent sont affectés de façon exponentielle par la dépréciation des taux de change, le ralentissement de l'activité économique et l'augmentation du chômage. La croissance des taux de chômage dans les pays de destination contribue aussi à faire baisser les immigrations et augmenter les migrations de retour. Les plus grandes incitations à l'émigration dans les pays d'origine n'auront qu'un faible

⁽⁶⁸⁴⁾ Kees Groenendijk, Elspeth Guild, Roel Fernhout, Pieter Boeles, Ryszard Cholewinski et Paul Minderhoud, *European Report on the Free Movement of Workers in 27 EU Member States in 2007*, Nimègue, Centre for Migration Law, 2008.

⁽⁶⁸⁵⁾ Samantha Currie, *Migration, Work and Citizenship in the Enlarged European Union*, Ashgate, 2008, p. 144.

⁽⁶⁸⁶⁾ Samantha Currie, *Migration, Work and Citizenship in the Enlarged European Union*, Ashgate, 2008, p. 206.

⁽⁶⁸⁷⁾ Samantha Currie, *Migration, Work and Citizenship in the Enlarged European Union*, Ashgate, 2008, p. 208.

impact si les conditions économiques dans les pays d'accueil ne sont pas favorables ⁽⁶⁸⁸⁾.

Bien que le volume et la direction des flux de mobilité soient en général plutôt guidés par l'offre et la demande des marchés du travail, entre autres ⁽⁶⁸⁹⁾, que par les restrictions sur ces marchés, les gouvernements sont réticents à lever les dispositions de transition restantes. Le gouvernement hollandais a par exemple décidé en novembre 2008 de prolonger le régime de transition à cause de la crise économique, parce qu'il prévoyait que les États membres voisins adopteraient la même position et souhaitait éviter que les Pays-Bas deviennent de fait plus attractif pour les travailleurs bulgares et roumains ⁽⁶⁹⁰⁾.

Le Conseil européen a indiqué en février 2009 que les États membres avaient certes le droit de maintenir les restrictions jusqu'à la fin de la troisième phase de la période de transition, mais que la gravité de la crise économique et financière actuelle ne devait pas être brandie comme une justification absolue et universelle du maintien des dispositions transitoires sur la libre circulation des travailleurs dans l'Union européenne ⁽⁶⁹¹⁾.

Le Conseil invite donc les États membres qui continuent d'appliquer des restrictions dans le cadre des dispositions transitoires, en concertation avec les partenaires sociaux et en accord avec les pratiques nationales:

- à étudier, à la lumière des données disponibles, le maintien des restrictions sur la seconde phase afin de passer aussitôt que possible à la pleine application de l'acquis communautaire dans le domaine de la libre circulation des travailleurs;

- à lever les restrictions dans la seconde phase si aucune perturbation grave n'est survenue ou ne risque de survenir sur les marchés du travail des États membres concernés.

La crise économique semble aussi avoir un impact négatif sur les processus de négociation des élargissements futurs ⁽⁶⁹²⁾. Les gouvernements hollandais et allemand ont très récemment imposé le blocage des éventuelles candidatures supplémentaires par crainte de voir une autre expansion vers l'Est générer d'autres tensions sur le marché de l'emploi pendant la crise économique. La question s'est posée de façon pressante en février dernier lors de l'évaluation par la Commission européenne d'une demande d'adhésion du Monténégro. L'Allemagne et les Pays-Bas sont préoccupés par le fait que si la demande du Monténégro est prise en compte, les demandes d'adhésion de l'Albanie, de la Bosnie et de la Serbie, pays auxquels l'adhésion avait été promise en 2003, suivront rapidement ⁽⁶⁹³⁾.

III. POLITIQUE DE MIGRATION EUROPÉENNE

Cela ne fait que dix ans que la Communauté européenne a été investie d'une autorité législative étendue dans le domaine de l'immigration et de l'asile par l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam. En octobre 1999, le Conseil européen a adopté à Tampere une politique commune d'immigration et d'asile pour atteindre les objectifs définis dans le traité d'Amsterdam. Cette politique prévoit quatre volets distincts mais étroitement liés: un partenariat avec les pays d'origine, un système d'asile européen commun, un traitement équitable pour les ressortissants de pays tiers et la gestion des flux migratoires. Dans les cinq années à venir, des normes minimales seront créées, ce qui sup-

⁽⁶⁸⁸⁾ Herbert Brücker, *Labour Mobility within the EU: Causes, Directions and Constraints*, ÖNB Conference «The Integration of European Labor Markets», Vienne, 17 et 18 novembre 2008.

⁽⁶⁸⁹⁾ Tesseltje De Lange, *Staat, markt en migrant; De regulering van arbeidsmigratie naar Nederland 1945-2006*, Boom Juridische uitgevers, 2007.

⁽⁶⁹⁰⁾ Voir Tweede Kamer 2008-2009, 29407, n° 98.

⁽⁶⁹¹⁾ Conclusions du Conseil 6480/09 du 23 février 2009.

⁽⁶⁹²⁾ Les pays candidats à l'adhésion sont la Croatie, l'ancienne République yougoslave de Macédoine et la Turquie. Les pays candidats potentiels sont l'Albanie, la Bosnie-et-Herzégovine, le Monténégro, la Serbie et le Kosovo.

⁽⁶⁹³⁾ Voir *The Telegraph* (Royaume-Uni), 27 février 2009 (<http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/eu/4861544/EU-enlargement-blocked-over-backlash-against-foreign-workers.html>)?

pose dans un premier temps d'harmoniser les principes de base de la législation nationale. Dans un second temps, ce processus d'harmonisation sera intensifié.

En novembre 2004, le Conseil européen a adopté le «programme de La Haye visant à renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne» pluriannuel qui s'appuie sur les accomplissements atteints et sert de base à leur évolution ⁽⁶⁹⁴⁾.

Le programme de La Haye cherche à améliorer la capacité commune de l'UE à garantir des droits fondamentaux, des normes minimales pour les garanties procédurales, l'accès à la justice pour la protection des plus vulnérables, la gestion des migrations et la protection des frontières externes de l'Union. Il met également l'accent sur des mesures répressives pour lutter contre le problème de l'immigration clandestine.

Le programme de La Haye expire en décembre 2009 et sera suivi par le programme de Stockholm, qui sera adopté en décembre 2009 sous la Présidence suédoise. Ce programme définira les objectifs stratégiques de l'évolution future de l'«espace de liberté, de sécurité et de justice» de l'Union entre 2010 et 2014 ⁽⁶⁹⁵⁾.

Ces dernières années, de grands progrès ont été accomplis dans l'élaboration d'une politique commune sur l'asile et du contrôle conjoint des frontières externes de l'UE. Les restrictions ont été les sujets de consensus les plus faciles à atteindre. Concernant la gestion de l'immigration toutefois, et en particulier celle de travailleurs, les États membres n'ont pas réussi à s'accorder sur une politique com-

mune. Comme la sécurité sociale, la migration de travailleurs est un sujet qui réveille le plus les craintes de perte de souveraineté nationale. Pour beaucoup de gouvernements, décider de qui est autorisé à entrer et à résider dans le pays en tant que travailleur migrant reste un point clé de la souveraineté nationale.

Il est important de souligner que la politique d'immigration ne repose pas sur le même concept que la libre circulation des personnes dans l'Union. Le droit de libre circulation des personnes est un ensemble de droits individuels (d'entrer dans un pays, d'y résider, d'y recevoir un traitement équitable, etc.) que chacun peut faire valoir auprès d'un État. La politique d'immigration, en revanche, relève des pouvoirs et de la volonté propre de l'État de réguler l'entrée et le traitement des étrangers, dont la situation juridique est plus faible ⁽⁶⁹⁶⁾.

C'est grâce à cette activité législative du Conseil qu'il existe aujourd'hui des règles de droit communautaire pour toutes les grandes formes de migration: les membres de la famille, les demandeurs d'asile, les réfugiés, les étudiants, les résidents de longue durée et les scientifiques. Comme indiqué précédemment, la principale exception à cette évolution a été l'adoption de règles de droit communautaire concernant l'admission à des fins d'emploi. La précédente proposition de la Commission européenne d'élaborer une directive sur les migrations économiques avait rencontré une telle opposition de la part des États membres ⁽⁶⁹⁷⁾ qu'elle avait été retirée en 2005 et qu'un délai de réexamen avait été annoncé ⁽⁶⁹⁸⁾. Les nouvelles discussions ont abouti à la présentation de deux propositions de directives le 23 octobre 2007, la première sur un permis

⁽⁶⁹⁴⁾ Le plan prévoit, outre des politiques communes sur l'asile, la migration, les visas et les contrôles aux frontières externes, la coopération des forces de police et des douanes, des services de secours et une coopération en matière de droit pénal et de droit civil.

⁽⁶⁹⁵⁾ Le 25 septembre 2008, la Commission européenne a lancé une consultation publique sur la portée des futures coopérations adressée aux États membres, aux parlements nationaux, au grand public et aux autres parties prenantes. La Commission prévoit de produire une communication sur le futur programme en mai 2009. Le programme sera débattu lors du Conseil JAI informel de juillet 2009 à Stockholm et adopté lors du sommet de décembre 2009.

⁽⁶⁹⁶⁾ Massimo Condinanzi, Alessandra Lang et Bruno Nascimbene, *Citizenship of the Union and Freedom of Movement of Persons*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, p. 236.

⁽⁶⁹⁷⁾ Livre vert de la Commission sur une approche communautaire des migrations économiques, COM(2004) 811 final du 11 janvier 2005 (livre vert 2004), p. 3. La proposition n'a pas remporté l'approbation du Parlement européen, du Comité économique et social européen ni du Comité des régions.

⁽⁶⁹⁸⁾ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, «Résultat de l'examen des propositions législatives en instance devant le législateur», COM(2005) 462 final du 7 septembre 2005, p. 12.

unique ⁽⁶⁹⁹⁾ et la seconde établissant les conditions d'admission des travailleurs hautement qualifiés, plus connue sous le nom de carte bleue européenne ⁽⁷⁰⁰⁾. Selon l'agenda «Justice et affaires intérieures» de l'UE en 2009, la Commission proposera deux propositions supplémentaires en mai 2009, l'une sur les travailleurs saisonniers et l'autre sur les stagiaires et les employés détachés par leurs sociétés ⁽⁷⁰¹⁾.

A. Proposition sur le permis unique

La proposition sur le permis unique prévoit la possibilité de délivrer un permis de travail et de séjour combiné en une seule procédure. Elle définit également les droits communs à accorder aux travailleurs de pays tiers résidant légalement dans un État membre (article 1) ⁽⁷⁰²⁾. Cette proposition est toujours en cours de négociation au Conseil.

La proposition intègre un nouveau concept: l'autorisation de séjour à des fins d'emploi est sollicitée et accordée dans le cadre d'une même procédure. La proposition de la Commission parle de citoyens «demandant l'autorisation de résider et de travailler», mais le dernier document du Conseil communiqué au public sur cette proposition indique «qui demandent l'autorisation de résider à des fins d'emploi», ce qui resserre le lien entre résidence et emploi ⁽⁷⁰³⁾. Les États membres détermineront si la demande doit être déposée par le citoyen issu du

pays tiers ou (comme l'ajoute le Conseil) par son employeur. Un «travailleur issu d'un pays tiers» est défini comme un «ressortissant d'un pays tiers [...] admis sur le territoire d'un État membre et autorisé à y travailler légalement» [article 2, point b)]. Le Conseil a ajouté à la proposition de la Commission que ce travail devait être fait «dans le cadre d'une relation de travail» ⁽⁷⁰⁴⁾.

Le champ d'application personnel de la directive sera relativement limité (article 3). La directive ne s'appliquera pas aux travailleurs en détachement ni à ceux admis sur le territoire d'un État membre en tant que travailleurs saisonniers ou de personne au pair. Elle ne s'appliquera pas non plus aux ressortissants de pays tiers autorisés à résider dans un État membre au titre de régimes de protection temporaires, aux bénéficiaires de mesures de protection internationale au sens de la directive 2004/83/CE ou à des personnes ayant sollicité une protection en accord avec la législation nationale, les pratiques ou obligations internationales de l'État membre. Elle ne s'appliquera pas non plus aux travailleurs admis sur le territoire d'un État membre pour y travailler moins de six mois, pour ce qui relève de la procédure unique seulement.

La décision d'accorder, de modifier ou de renouveler le permis unique porte sur un titre combiné englobant un permis de séjour et un permis de travail en un seul acte administratif (article 4). La proposition prévoit que les demandes soient traitées dans les trois mois suivant leur enregistrement, période qui peut être prolongée dans des cas exceptionnels ou complexes (article 5, paragraphe 2). Le Conseil a ajouté une mention indiquant que «toute conséquence découlant d'une absence de décision au terme de cette période sera réglée par le droit national».

Le permis unique habilite son détenteur à entrer, ré-entrer et séjourner sur le territoire de l'État membre qui a délivré le permis unique [article 11,

⁽⁶⁹⁹⁾ Proposition de directive du Conseil établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis unique autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et à travailler sur le territoire d'un État membre et établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un État membre (Proposition de permis unique), COM(2007) 638 du 23 octobre 2007.

⁽⁷⁰⁰⁾ Proposition de directive du Conseil établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, COM(2007) 637 du 23 octobre 2007.

⁽⁷⁰¹⁾ Voir (http://ec.europa.eu/atwork/programmes/docs/forward_programming_2009.pdf). Voir également le communiqué de presse «Attractive Conditions for the Admission and Residence of Highly Qualifies Immigrants», Bruxelles, 23 octobre 2007, MEMO/07/423, p. 2.

⁽⁷⁰²⁾ Ce paragraphe est en grande partie basé sur Helen Oosterom-Staples, «Regulating labour migration: The EU saga on third-country nationals seeking access to the European labour market», dans Anita Böcker a.o. (eds), *Migration law and sociology of law — Collected essays in honour of Kees Groenendijk*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2008, p. 121-130.

⁽⁷⁰³⁾ Document n° 14668/08 du Conseil du 29 octobre 2008.

⁽⁷⁰⁴⁾ Document n° 14668/08 du Conseil du 29 octobre 2008.

paragraphe 1, point a)]. La proposition de la Commission a également établi le droit de transiter par d'autres États membres afin d'exercer les droits visés au point a) [article 11, paragraphe 1, point b)], mais dans le dernier document public du Conseil, ce paragraphe a pour l'instant été laissé vide. Elle habilite également son détenteur à jouir d'un libre accès à l'ensemble du territoire de l'État membre de délivrance, dans les limites prévues en droit national pour des raisons de sécurité [article 11, paragraphe 1, point c)], à exercer les activités autorisées au titre du permis unique et à être informé des droits conférés par le permis unique en vertu de la présente directive ou en droit national [article 11, paragraphe 1, points d) et e)]. Les droits énumérés à l'article 11 sont soutenus par le principe d'égalité de traitement avec les travailleurs nationaux pour tous les travailleurs issus de pays tiers à l'article 12.

Le premier chapitre de cet article répertorie les domaines politiques dans lesquels l'égalité de traitement doit être garantie, soumis aux exceptions indiquées au chapitre 2 ⁽⁷⁰⁵⁾. Ces domaines sont: les conditions de travail ⁽⁷⁰⁶⁾, la liberté d'association, d'affiliation et d'engagement dans une organisation de travailleurs ou d'employeurs ou toute organisation professionnelle, y compris les avantages qui peuvent en résulter, sans préjudice des dispositions nationales en matière d'ordre public et de sécurité publique ⁽⁷⁰⁷⁾, l'éducation et la formation professionnelle ⁽⁷⁰⁸⁾, la reconnaissance des diplômes, certificats et autres qualifications professionnelles conformément aux procédures natio-

nales pertinentes, la sécurité sociale ⁽⁷⁰⁹⁾, l'accès aux biens et aux services et l'obtention des biens et des services offerts au public ⁽⁷¹⁰⁾. La proposition de la Commission prévoyait également des avantages fiscaux et le paiement des pensions acquises lors d'une migration vers un pays tiers. Les avantages fiscaux ont totalement disparu de la dernière version (publique) du Conseil et concernant les droits aux pensions, la formulation est devenue beaucoup plus spécifique: «sans préjudice des accords bilatéraux existants, le paiement des droits acquis en matière de pension légale de vieillesse, au taux appliqué en vertu de la législation du ou des États membres débiteurs, en cas de déménagement dans un pays tiers». La version du Conseil ajoute un droit à l'égalité de traitement supplémentaire concernant «les services de conseil proposés par les services de l'emploi» [article 12, paragraphe 1, point h)].

Les dispositions de cette proposition sur l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale s'appliquent aussi directement aux personnes arrivant dans un État membre en provenance directe d'un pays tiers, pour autant que la personne concernée soit un résident légal et remplisse les conditions définies dans la législation nationale pour être éligible aux prestations de sécurité sociale concernées ⁽⁷¹¹⁾. Toutefois, cette directive ne confère pas aux travailleurs des pays tiers davantage de droits que ceux déjà stipulés dans la législation communautaire existante sur la sécurité sociale pour les ressortissants de pays tiers qui ont tissé des liens transfrontaliers entre plusieurs États membres ⁽⁷¹²⁾.

⁽⁷⁰⁵⁾ Dans la proposition de la Commission, la liste ne prétendait pas être exhaustive, comme l'indique l'expression «au moins» de la section 1. Le Conseil a toutefois supprimé ces termes.

⁽⁷⁰⁶⁾ Sont explicitement mentionnées les exigences en matière de salaire et de licenciement ainsi que de santé et de sécurité au travail. Ce droit peut être restreint aux travailleurs des pays tiers possédant un emploi — article 2, paragraphe 2, point d) de la proposition sur le permis unique.

⁽⁷⁰⁷⁾ Une restriction aux travailleurs des pays tiers possédant un emploi est permise — article 2, paragraphe 2, point d), de la proposition sur le permis unique.

⁽⁷⁰⁸⁾ Des restrictions sont précisées à l'article 12, paragraphe 2, point a) (connaissance de la langue) et point b) (bourses d'études), de la proposition sur le permis unique.

⁽⁷⁰⁹⁾ Il s'agit ici d'une référence aux règlements (CEE) n° 1408/71, (CE) n° 859/2003 et (CEE) n° 574/72. Hormis les allocations chômage, ce droit peut être restreint aux travailleurs des pays tiers occupant un emploi — article 12, paragraphe 2, point e), de la proposition sur le permis unique.

⁽⁷¹⁰⁾ Sont explicitement mentionnées les procédures d'accès au logement et l'assistance offerte par les services de l'emploi. Une restriction aux ressortissants de pays tiers ayant séjourné ou ayant le droit de séjourner sur leur territoire pendant trois ans au moins est permise en ce qui concerne le logement social — article 12, paragraphe 2, point c), de la proposition sur le permis unique.

⁽⁷¹¹⁾ Ce champ d'application élargi a récemment été remis en question par le Conseil. L'article 63 du traité CE ne proposait pas le socle juridique nécessaire pour cela. Voir le document n° 5082/09 du Conseil du 7 janvier 2009.

⁽⁷¹²⁾ Voir le considérant 16 de la proposition de la Commission.

La section 2 autorise les États membres à restreindre cette égalité de traitement aux travailleurs issus de pays tiers qui occupent effectivement un emploi, sauf en ce qui concerne les allocations de chômage ⁽⁷¹³⁾. Le Conseil se demande toujours dans quelle mesure la (future) directive devrait réguler les droits de sécurité sociale et en particulier l'accès aux allocations chômage pour les travailleurs de pays tiers ayant perdu leur emploi dans un État membre ⁽⁷¹⁴⁾.

Malgré toutes ces limitations, Oosterom-Staples indique que le choix d'une procédure unique serait plus simple pour toutes les parties ⁽⁷¹⁵⁾. Le cercle vicieux qui entraîne le refus d'un permis de séjour jusqu'à l'obtention du permis de travail et le refus du permis de travail jusqu'à l'octroi d'un permis de séjour devrait désormais faire partie du passé. Il convient de souligner que la proposition ne précise pas les conditions d'admission des ressortissants de pays tiers. Ceci reste exclusivement du ressort des États membres.

Le Parlement européen, qui dispose d'un droit de consultation dans cette procédure, a adopté le 20 novembre 2008 une résolution législative qui amende la proposition ⁽⁷¹⁶⁾. Ses principaux amendements portent sur la palette de droits communs et sur les dispositions relatives à l'égalité de traitement. Selon le Parlement européen, les droits communs doivent s'appliquer à tous les étrangers admis sur le territoire à des fins d'emploi, mais aussi à tous ceux initialement admis pour d'autres raisons mais ayant obtenu le droit de travailler en vertu du droit national ou communautaire, quelles que soient les raisons pour lesquelles ils ont été initialement admis sur le territoire de l'État membre. Le Parlement européen a précisé que, tandis que la

procédure de permis unique ne s'applique qu'à certains travailleurs de pays tiers, les droits communs s'appliquent à tous. Sans cela, des discriminations entre les travailleurs de pays tiers seraient possibles sur un droit aussi fondamental que celui à l'égalité de traitement. Le Parlement européen estime en outre que, hormis les droits répertoriés dans la proposition, les travailleurs des pays tiers doivent bénéficier du même traitement que les citoyens de l'État dans les domaines suivants: les conditions de travail (comprenant les salaires, les vacances, le temps de travail et les licenciements ainsi que la santé et la sécurité au travail), l'éducation dans le sens large du terme (apprentissage linguistique et familiarisation culturelle aux fins d'améliorer l'intégration) et la formation professionnelle, la portabilité des pensions ou des annuités de retraite, de veuvage ou d'invalidité, les services de conseil proposés par les services de l'emploi ⁽⁷¹⁷⁾. Les États membres peuvent restreindre les dispositions d'égalité de traitement aux ressortissants nationaux en exigeant des preuves de l'apprentissage linguistique nécessaire à l'accès à l'éducation et la formation. L'accès à l'université peut être soumis à l'accomplissement de certaines conditions spécifiques concernant le niveau d'éducation. Selon le Parlement européen, ils peuvent également restreindre l'égalité de traitement concernant l'octroi de bourses d'études. Ces amendements ne sont pas contraignants et il est très peu probable que le Conseil les accepte au vu de la crise financière actuelle.

B. La proposition en faveur de l'emploi hautement qualifié (la «carte bleue européenne»)

Les travailleurs étrangers hautement qualifiés représentent, tous pays tiers confondus, 1,72 % de la main-d'œuvre de l'UE, un pourcentage nettement inférieur à celui enregistré dans d'autres

⁽⁷¹³⁾ Article 12, paragraphe 2, point e), de la proposition sur le permis unique.

⁽⁷¹⁴⁾ Conclusions 5082/09 du Conseil du 7 janvier 2009.

⁽⁷¹⁵⁾ Helen Oosterom-Staples, «Regulating Labour Migration: The EU Saga on Third Country Nationals Seeking Access to the European Labour Market», dans Anita Böcker a.o. (eds), *Migration Law and Sociology of Law, Collected Essays in honour of Kees Groenendijk*, Wolf Legal Publishers, Nimègue, 2008, p. 121-130.

⁽⁷¹⁶⁾ Voir A6-0431/2008.

⁽⁷¹⁷⁾ Certaines des clauses sur l'égalité de traitement qui avaient été supprimées par la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures ont été réinsérées en session plénière dans la proposition d'origine.

grands pays d'immigration tels que l'Australie (9,9 %), le Canada (7,3 %), les États-Unis (3,2 %) et la Suisse (5,3 %). Le manque d'attrait de l'UE en tant que destination d'immigration est en grande partie imputé à ses 27 régimes d'admission différents. À cause de ces régimes différents, il est nettement plus difficile pour les ressortissants de pays tiers candidats à l'immigration de passer d'un État membre à l'autre. Dans ce contexte, l'objectif de la proposition relative à l'emploi hautement qualifié est d'instaurer une procédure accélérée et souple d'admission et d'offrir des conditions favorables de résidence aux ressortissants de pays tiers en vue d'améliorer l'attractivité de l'UE aux yeux des travailleurs hautement qualifiés. Les titulaires de la carte bleue européenne ont droit, d'une part, à la libre circulation sur le territoire de l'UE et, d'autre part, au regroupement familial immédiat. Ils ont par ailleurs la possibilité de se rendre, après dix-huit mois de séjour légal dans un premier État membre, dans un autre État membre pour y exercer un emploi hautement qualifié ⁽⁷¹⁸⁾.

Par «emploi hautement qualifié», on entend l'emploi d'une personne qui, dans l'État membre concerné, est protégée en tant que travailleur dans le cadre de la législation nationale sur l'emploi et/ou conformément aux pratiques nationales, quel que soit le lien juridique, aux fins de l'exercice d'un travail réel et effectif, pour le compte ou sous la direction de quelqu'un d'autre, pour lequel une personne est rémunérée et qui requiert des compétences précises, attestées par des qualifications professionnelles élevées ⁽⁷¹⁹⁾. Par «qualifications professionnelles élevées», on entend des qualifications sanctionnées par un diplôme de l'enseignement supérieur ou, par dérogation, lorsque cela est prévu par la législation nationale, étayées par une expérience professionnelle d'au moins cinq ans d'un niveau comparable à un diplôme de l'enseignement supérieur et qui soient pertinentes dans

la profession ou le secteur indiqué dans le contrat de travail ou l'offre d'emploi ferme ⁽⁷²⁰⁾.

Le champ d'application prévoit en grande partie les mêmes restrictions que celles prévues dans la proposition relative au permis unique.

L'article 5 stipule les critères d'admission d'un travailleur hautement qualifié:

- présenter un contrat valide ou une offre ferme pour un emploi d'une durée d'au moins un an;
- satisfaire aux conditions auxquelles est subordonné l'exercice par les citoyens européens des professions réglementées et attester de la possession des qualifications professionnelles pertinentes pour les professions non réglementées;
- produire un document de voyage valide et un visa (ou une demande de visa) si nécessaire;
- attester de la couverture assurance maladie;
- ne pas être considéré comme une menace pour l'ordre public, la sécurité ou la santé publiques;
- attester d'un niveau de salaire égal à au moins une fois et demie le salaire annuel brut moyen dans l'État membre concerné. Ce seuil de rémunération peut être abaissé à 1,2 fois le salaire annuel brut moyen dans certaines professions en proie à une pénurie de main-d'œuvre ⁽⁷²¹⁾.

Le paragraphe 5 ajouté par le Conseil à titre de critère supplémentaire stipule que cet article est sans préjudice des conventions collectives ou des pratiques applicables dans les secteurs professionnels concernés eu égard aux emplois hautement qualifiés. Cette directive n'instaure pas de droit d'admission. Les États membres gardent le droit de fixer les volumes d'admission des ressortissants de pays tiers venant pour un emploi hautement qualifié ⁽⁷²²⁾.

⁽⁷¹⁸⁾ La durée du séjour avait été fixée à deux ans dans la proposition de la Commission (voir <http://www.europeanunionbluecard.com>).

⁽⁷¹⁹⁾ Article 2, point b), dans la dernière version publiée du document du Conseil (n° 16952/08 du 10 décembre 2008).

⁽⁷²⁰⁾ Article 2, point g), du document n° 16952/08 du Conseil du 10 décembre 2008. Trois ans d'expérience professionnelle suffisaient dans la proposition initiale de la Commission.

⁽⁷²¹⁾ Ce seuil avait été fixé à trois fois le salaire mensuel brut minimal dans la proposition initiale de la Commission.

⁽⁷²²⁾ Article 7, article 9, paragraphe 2, point a), et article 19, paragraphe 6, document n° 16952/08 du Conseil du 10 décembre 2008.

Les États membres fixeront, pour la carte bleue européenne, une période de validité uniformisée, qui est comprise entre un et quatre ans. Si la période couverte par le contrat de travail est inférieure à cette durée, la carte bleue européenne sera émise ou renouvelée pour la durée du contrat de travail plus trois mois ⁽⁷²³⁾.

Le chômage ne constitue pas en soi une raison pour retirer une carte bleue européenne, à moins qu'il ne s'étende sur plus de trois mois consécutifs, ou qu'il ne survienne plus d'une fois durant la période de validité d'une carte bleue européenne (article 14).

Selon Guild, il y a de bonnes raisons de laisser plus de temps à une personne pour trouver du travail. Comme la crise financière actuelle le montre, le marché du travail peut évoluer très rapidement. Une personne qui a pris la décision de s'installer dans un État membre avec toute sa famille mérite, si elle perd son emploi, un traitement correct, ce qui implique de lui laisser un délai raisonnable pour retrouver du travail. La menace d'expulsion qui pèse peu après le licenciement confère à l'employeur un pouvoir indésirable sur le statut d'immigrant du travailleur. Celui-ci peut être contraint d'accepter de moins bonnes conditions de travail ou de garder le silence sur des infractions au code du travail (ou à la loi sur les sociétés) commises par son employeur si son statut d'immigrant dépend dans une trop grande mesure de l'exercice continu d'un emploi ⁽⁷²⁴⁾.

Les dispositions sur l'égalité de traitement (article 15) reprennent en grande partie les mêmes droits que ceux stipulés dans la proposition relative au permis unique. Dans la proposition initiale de la Commission, les titulaires d'une carte bleue bénéficiaient aussi de l'égalité de traitement avec les ressortissants nationaux en ce qui concerne l'aide sociale, telle que prévue par le droit national, mais les États

membres pouvaient restreindre ce droit aux titulaires d'une carte bleue ayant obtenu le statut de résident de longue durée — CE ⁽⁷²⁵⁾. Dans la dernière version en date du texte du Conseil, ce point a été supprimé des dispositions sur l'égalité de traitement, à l'instar d'ailleurs des avantages fiscaux.

Pour encourager la migration circulaire, les titulaires d'une carte bleue européenne sont autorisés à rentrer dans leur pays d'origine pendant une plus longue période (dix-huit mois, voire vingt-quatre mois s'ils ont obtenu le statut de «résident de longue durée — CE»), sans perdre le droit de résider dans un État membre (article 17, paragraphes 3 et 4). Ce droit peut être limité aux cas dans lesquels le retour dans le pays d'origine est dû à l'exercice d'une activité économique, à la prestation d'un service volontaire ou au fait de suivre des études (article 17, paragraphe 5).

Enfin, le Conseil a introduit deux amendements qu'il convient de mentionner ici ⁽⁷²⁶⁾, en vertu desquels il sera plus difficile de travailler dans un deuxième État membre. L'article 19, paragraphe 2, stipule que le deuxième État membre peut décider, conformément à sa législation nationale, de ne pas autoriser le demandeur à travailler tant que l'autorité compétente n'a pas rendu une décision positive concernant sa demande et l'article 21, paragraphe 4, précise que le deuxième État membre peut exiger du titulaire de la carte bleue qu'il prouve qu'il dispose: a) d'un logement considéré comme normal pour une famille de taille comparable dans la même région et qui répond aux normes générales de sécurité et de salubrité dans l'État membre concerné; et b) de ressources stables, régulières et suffisantes pour subvenir à ses propres besoins et à ceux des membres de sa famille sans recourir au système d'aide sociale de l'État membre concerné.

Le Parlement européen, qui dispose du droit de consultation dans cette procédure, a adopté le

⁽⁷²³⁾ Article 8, paragraphe 2, du document n° 16952/08 du Conseil du 10 décembre 2008.

⁽⁷²⁴⁾ E. Guild, «EU Policy on Labour Migration, A First Look at the Commission's Blue Card Initiative», *CEPS Policy Brief*, n° 145, novembre 2007.

⁽⁷²⁵⁾ Article 15, paragraphe 1, point f), et paragraphe 3, de la proposition relative à l'emploi hautement qualifié.

⁽⁷²⁶⁾ Document n° 16952/08 du Conseil du 10 décembre 2008.

20 novembre 2008 une résolution législative qui amende la proposition relative à l'emploi hautement qualifié ⁽⁷²⁷⁾.

Le Parlement a proposé un cadre plus clair et des définitions plus précises. Il offre une plus grande souplesse aux États membres, tout en les priant instamment d'éviter une fuite des cerveaux dans les pays tiers. Selon le Parlement, les titulaires d'une carte bleue ne doivent pas être privilégiés par rapport aux citoyens de l'UE sur le marché du travail. Les titulaires d'une carte bleue qui perdent leur emploi devraient avoir six mois, et non pas trois, pour retrouver du travail. La carte bleue ne devrait pas être considérée comme un «droit» pour les migrants. Elle doit pouvoir être refusée même aux demandeurs qui satisfont aux critères. Les États membres de l'UE sont invités à ne pas autoriser la délivrance de cartes bleues dans des secteurs où l'accès des travailleurs des États membres de l'UE-10 est encore restreint. Le Parlement européen demande également aux États membres de l'UE de ne pas encourager activement la «fuite des cerveaux» via la carte bleue dans des secteurs en proie à une pénurie de main-d'œuvre dans les pays tiers, en particulier dans le secteur de la santé et de l'éducation ⁽⁷²⁸⁾.

La proposition relative à l'emploi hautement qualifié aurait dû être adoptée lors du sommet européen du 8 décembre 2008, mais la République tchèque qui a pris le relais de la France à la présidence de l'UE le 1^{er} janvier 2009, a semblé repousser l'accord jusqu'à ce que ses propres ressortissants aient accès au marché du travail dans tous les États membres de l'UE (après le 30 avril, voir ci-dessus) ⁽⁷²⁹⁾.

La carte bleue européenne peut être considérée comme une première étape sur la voie de la mise en œuvre d'une politique commune visant à attirer des travailleurs hautement qualifiés sur le territoire

de l'UE. Elle améliorera quelque peu l'attractivité du marché du travail européen aux yeux des ressortissants de pays tiers qui sont hautement qualifiés.

IV. NOUVELLES TENDANCES MIGRATOIRES: QUE VEUT VRAIMENT L'UE?

Deux documents importants ont été publiés en 2008 au sujet de la future politique européenne de migration. Le premier est la communication «Une politique commune de l'immigration pour l'Europe: principes, actions et instruments» ⁽⁷³⁰⁾ publiée par la Commission en juin et le second, le texte intitulé «Pacte européen sur l'immigration et l'asile» ⁽⁷³¹⁾ adopté par le Conseil européen du 16 octobre.

Comme indiqué ci-dessus, un nouveau programme quinquennal sera élaboré dans le domaine de la justice, de la liberté et de la sécurité sous la présidence suédoise. Ce programme, dit de Stockholm, s'inspirera de la communication relative à la politique commune d'immigration et du pacte européen sur l'immigration et l'asile. Son élaboration promet d'être extrêmement difficile étant donné l'approche totalement différente adoptée dans les deux documents.

La communication est la contribution de la Commission à l'élaboration de la future politique commune d'immigration, qui se base sur dix principes communs. Ces dix principes communs reposent sur l'engagement européen de respecter des valeurs universelles, telles que la protection des réfugiés, la dignité humaine et la tolérance. Ils se répartissent entre les trois grandes dimensions des politiques européennes: la prospérité, la solidarité et la sécurité. Chaque principe est accompagné d'une liste non exhaustive d'actions concrètes à mener à l'échelle de l'UE et/ou des États membres pour le

⁽⁷²⁷⁾ Voir A6-0432/2008.

⁽⁷²⁸⁾ Voir <http://www.europeanunionbluecard.com/?m=200812>

⁽⁷²⁹⁾ Agence France Presse, 27 novembre 2008.

⁽⁷³⁰⁾ COM(2008) 359.

⁽⁷³¹⁾ Document n° 13440/08 du Conseil du 24 septembre 2008; également connu sous le nom de «pacte français», car c'est sous la présidence française qu'il a été adopté.

mettre en pratique. Ces principes sont présentés de manière succincte ci-dessous.

- Prospérité et immigration: les trois principes suivants visent à reconnaître et à renforcer la contribution de l'immigration légale au développement socio-économique de l'UE. Ils consistent à:
 1. appliquer des règles claires et des conditions équitables;
 2. faire correspondre les compétences aux besoins;
 3. améliorer l'intégration, qui est à la clé d'une immigration réussie, par un «processus à double sens» impliquant activement la société d'accueil et les immigrants.

Il y est explicitement fait référence à la sécurité sociale. Pour améliorer l'intégration, les États membres doivent garantir un accès non discriminatoire et effectif des immigrants légaux aux soins médicaux et à la protection sociale et une application effective du droit européen assurant aux ressortissants de pays tiers le même traitement qu'aux citoyens européens en ce qui concerne la coordination des systèmes de sécurité sociale dans l'UE ⁽⁷³²⁾.

En outre, l'UE et les États membres devraient promouvoir la transparence à l'égard des règles applicables aux droits à la retraite lorsque les migrants souhaitent retourner dans leur pays d'origine.

- Solidarité et immigration: on entend par «solidarité» dans ce contexte la solidarité entre les États membres, la solidarité financière et la solidarité et la coopération en partenariat avec les pays d'origine et de transit des immigrants.

⁽⁷³²⁾ En 2003, le Parlement européen et le Conseil ont adopté le règlement (CE) n° 859/2003 (JO L 124 du 20.5.2003) qui étend les dispositions du règlement (CEE) n° 1408/71 aux ressortissants de pays tiers qui se trouvent: 1) en situation de résidence légale dans un État membre de l'UE; et 2) dans des situations dont tous les éléments ne se cantonnent pas à l'intérieur d'un seul État membre. En juillet 2007, la Commission a adopté une proposition visant à étendre les dispositions du règlement (CE) n° 883/04, qui remplacera le règlement (CEE) n° 1408/71, aux ressortissants de pays tiers qui se trouvent: 1) en situation de résidence légale dans un État membre; et 2) dans des situations dont tous les éléments ne se cantonnent pas à l'intérieur d'un seul État membre — COM(2007) 439.

Concrètement, ces trois principes énoncent la nécessité:

1. de transparence, de confiance et de coopération entre les États membres;
2. d'une utilisation efficace et cohérente des moyens disponibles — en particulier compte tenu de la situation géographique de certains États membres et des défis migratoires spécifiques auxquels ils sont confrontés;
3. d'un partenariat avec les pays tiers, pour étudier avec eux l'ensemble des questions soulevées par le phénomène de la migration.

Pour que ce partenariat puisse se mettre en place, il est une nouvelle fois fait explicitement référence à la sécurité sociale: l'UE et les États membres doivent inclure des dispositions relatives à la coordination en matière de sécurité sociale dans les accords d'association conclus entre l'UE, les États membres et les pays tiers. Ces dispositions pourraient inclure, outre le principe de l'égalité de traitement, la portabilité des droits sociaux acquis, en particulier le transfert des droits à la retraite.

- Sécurité et immigration: ces quatre principes portent sur la nécessité de garantir que les règles fixées dans le domaine de l'immigration sont respectées et qu'une lutte efficace est menée contre l'immigration illégale:
 1. une politique des visas qui serve les intérêts de l'Europe, c'est-à-dire qui facilite l'entrée des visiteurs de bonne foi tout en renforçant la sécurité;
 2. une gestion intégrée des frontières pour préserver l'intégrité de l'espace Schengen, dépourvu de contrôle aux frontières intérieures;
 3. l'intensification de la lutte contre l'immigration illégale et la tolérance zéro pour la traite des êtres humains;
 4. des politiques de retour durables et efficaces.

La Commission est fermement convaincue que la politique commune d'immigration doit être mise en œuvre en partenariat avec les États membres et les institutions européennes et qu'elle doit se baser sur la situation économique et les tendances migratoires dans chaque État membre et dans l'UE dans son ensemble. La Commission souligne toutefois au sujet de la migration des travailleurs que ni les principes, ni les actions n'empièteront sur les compétences des États membres. La fixation du volume d'admission des travailleurs migrants restera du ressort de chaque État membre. L'Union européenne ne fixera pas de quotas, pas plus qu'un droit d'admission ne sera instauré par de futures directives pour les travailleurs migrants.

Le pacte français

Le pacte vise à établir la feuille de route des futures politiques européennes d'immigration et identifie cinq domaines d'action prioritaires:

- organiser l'immigration légale en tenant compte des priorités, des besoins et des capacités d'accueil déterminés par chaque État membre et favoriser l'intégration;
- lutter contre l'immigration illégale, notamment en assurant le retour dans leur pays d'origine ou vers un pays de transit, des étrangers en situation irrégulière;
- renforcer l'efficacité des contrôles aux frontières;
- bâtir une Europe de l'asile;
- créer un partenariat global avec les pays d'origine et de transit favorisant les synergies entre les migrations et le développement.

Plusieurs analystes ont critiqué ce pacte. Selon Collett, ce texte annonce manifestement l'adoption d'une approche plus conservatrice à l'égard de l'immigration ⁽⁷³³⁾. Il considère les politiques de l'immigration au travers le prisme du «contrôle avant tout», un concept formulé de manière plus explicite

que par le passé. Parmi les cinq priorités d'action, une seule vise à promouvoir l'accès à l'UE, et même celle-là fait référence à la lutte contre l'immigration illégale ou indésirable. Contrairement à la communication de la Commission, le pacte minimise la nécessité d'harmoniser les politiques en matière d'immigration. Le Conseil engage les États membres à «organiser» l'immigration légale plutôt qu'à mettre en place des politiques communes. Le texte «rappelle qu'il revient à chaque État membre de décider des conditions d'admission sur son territoire des migrants légaux et de fixer, le cas échéant, leur nombre», ce qui montre clairement à quel point les États membres rechignent à renoncer à leurs compétences.

Carrera et Guild constatent également que le pacte est très nettement axé sur les États membres et qu'il s'inscrit dans une logique essentiellement intergouvernementale qui donne la priorité aux compétences des États membres sur celles d'une UE à 27 ⁽⁷³⁴⁾. Il exacerbera le dilemme actuel entre la mise en place d'une politique européenne de l'immigration et de l'asile, et le maintien des compétences des États membres et de leur pouvoir d'appréciation en ces matières.

Selon Bertossi, le pacte propose ouvertement un cadre politique pour répondre aux «préoccupations des citoyens» des États membres de l'UE, et non une stratégie visant à résoudre les problèmes économiques et sociaux en rapport avec l'immigration ⁽⁷³⁵⁾. La priorité accordée à la lutte contre «l'immigration illégale», à la nécessité de mieux réguler l'immigration familiale, au renforcement de l'agence Frontex ⁽⁷³⁶⁾ et au développement des technologies biométriques s'inscrit bien dans cette perspective. Comme le pacte est un appel, non

⁽⁷³³⁾ Elizabeth Collett, «The EU Immigration Pact — from Hague to Stockholm, via Paris», *EPC Policy Brief*, octobre 2008.

⁽⁷³⁴⁾ S. Carrera et E. Guild, «The French Presidency's European Pact on Immigration and Asylum: Intergovernmentalism vs. Europeanisation? Security vs. Rights?», *CEPS Policy Brief*, n° 170, septembre 2008.

⁽⁷³⁵⁾ Christophe Bertossi, «How Can Europeans Agree on a Common Migration Policy?», rapport de l'Ifri/Barrow Cadbury Trust «Anglo-French Policy Dialogue on Regularisation and Co-Development» (version préliminaire du 26 janvier 2009).

⁽⁷³⁶⁾ L'agence Frontex est l'instance européenne qui coordonne les activités, la formation et les opérations en matière de gestion des frontières de l'UE.

contraignant, à la mise en application de principes politiques, il ne peut guère être considéré comme un texte fondateur d'une quelconque politique commune de l'immigration. Pas plus que ne se pose la question de savoir s'il adopte une approche véritablement européenne. C'est plutôt l'inverse, avec un pas vers une approche très nationale à l'égard de l'agenda des politiques de migration.

V. APPROCHE GLOBALE ET MIGRATION CIRCULAIRE

Ce que l'on a appelé l'«approche globale» est une composante intéressante de la politique commune de migration. Cette approche globale sur la question des migrations peut se définir comme la dimension extérieure de la politique de migration de l'Union européenne. Adoptée en 2005, elle témoigne de l'ambition de l'Union européenne de mettre en place un cadre intersectoriel pour gérer les migrations de manière cohérente au travers d'un dialogue politique et d'une étroite coopération pratique avec les pays tiers. C'est une approche novatrice pour améliorer la mobilité des travailleurs en provenance de pays tiers vers l'UE.

La communication de juin 2008 intitulée «Une politique commune de l'immigration pour l'Europe» citée ci-dessus a souligné la nécessité de renforcer l'approche globale pour garantir la cohérence de la politique européenne commune en matière de migrations, réitérant le principe selon lequel une gestion efficace des flux migratoires requiert un partenariat et une coopération véritables avec les pays tiers et selon lequel les questions touchant aux migrations doivent être incluses dans la politique de coopération au développement de l'UE et ses politiques extérieures, tout en y intégrant les questions en découlant. La Commission a publié en octobre 2008 une communication qui porte exclusivement sur le thème de l'approche globale ⁽⁷³⁷⁾.

⁽⁷³⁷⁾ Communication de la Commission «Renforcer l'approche globale de la question des migrations: accroître la coordination, la cohérence et les synergies», COM(2008) 611 du 8 octobre 2008.

Cette communication sur l'approche globale formule l'objectif suivant comme un défi à relever: une politique européenne commune plus poussée en matière d'immigration devra rechercher les moyens de faire correspondre l'offre et la demande d'emploi et d'assouplir les conditions d'admission des travailleurs migrants ⁽⁷³⁸⁾. Cela signifie qu'il faudra intensifier les travaux dans des domaines tels que la reconnaissance des diplômes étrangers, l'examen des possibilités de transferts des droits à pension et des autres allocations sociales, la promotion de l'insertion sur le marché du travail aux deux extrémités de la chaîne migratoire, l'inclusion sociale des migrants et le développement des compétences interculturelles, et de leur donner une plus grande priorité.

Composante importante de cette approche, il est proposé d'encourager la migration circulaire en prenant ou en renforçant des mesures juridiques et opérationnelles, telles que le recensement des meilleures pratiques et le lancement d'initiatives-pilotes en matière de migration circulaire, afin d'accroître la contribution que cette dernière peut apporter au développement dans les pays d'origine et de garantir que cette mobilité répond bel et bien aux besoins du marché dans les pays de destination, sans contribuer à la fuite des cerveaux; la recherche d'instruments spécifiques de nature à faciliter la migration circulaire et la circulation des cerveaux, tels que les «doubles postes» (par exemple, pour les professionnels de la santé, les enseignants et les chercheurs) et les partenariats entre employeurs du secteur public et institutions des États membres de l'UE et des pays d'origine des migrants, et à aider les migrants à se réinsérer sur le marché de l'emploi de leur pays d'origine ⁽⁷³⁹⁾. Il est explicitement fait référence dans ce contexte à la nécessité d'étudier des possibilités d'octroi aux immigrants en situation régulière d'un droit d'accès prioritaire pour prolonger le séjour légal dans l'UE et d'examiner la transférabilité dans les pays tiers

⁽⁷³⁸⁾ COM(2008) 611, p. 4.

⁽⁷³⁹⁾ COM(2008) 611, p. 5.

des droits sociaux acquis, notamment les droits à pension, qui pourrait faciliter cette mobilité.

Jusqu'ici, l'Allemagne et la Suisse ont par exemple mis en œuvre sans succès une telle politique de migration circulaire. Selon Hailbronner et Koslowski ⁽⁷⁴⁰⁾, cette politique a été adoptée dans l'espoir que les travailleurs migrants recrutés dans les années 50 et 60 retourneraient dans leur pays d'origine et que d'autres migrants viendraient prendre leur place, dans un système de «rotation». Or, cette migration qui devait être temporaire s'est muée en migration permanente, d'une part, à cause des intérêts économiques des employeurs qui ne voulaient pas perdre les compétences acquises par leurs travailleurs et, d'autre part, à cause des intérêts économiques et sociaux des travailleurs migrants. De plus, des travailleurs migrants avaient emmené leur famille en Allemagne.

Les deux auteurs insistent sur le fait que les projets de migration circulaire ne peuvent réussir que dans la perspective raisonnable de conditions de vie acceptables pour les candidats à l'émigration. Certains éléments montrent que les migrants originaires de pays d'Europe de l'Est et de l'ex-Union soviétique préfèrent la migration provisoire à la migration permanente, certes, mais il n'en va probablement pas de même pour les migrants en provenance d'Afrique ⁽⁷⁴¹⁾. Les disparités économiques entre les rives nord et sud de la mer Méditerranée sont énormes. Le revenu par habitant est 13 fois plus élevé en Espagne qu'au Maroc ⁽⁷⁴²⁾.

Selon Hailbronner et Koslowski, l'octroi d'un statut spécial de résidence, permettant de retourner dans le pays d'origine ou de s'installer dans un autre État membre après un certain temps, constituerait une mesure supplémentaire d'encouragement au retour.

Aux Pays-Bas, la commission consultative des questions de migration (ACVZ) publiera prochainement un rapport sur la migration temporaire/circulaire ⁽⁷⁴³⁾. L'ACVZ définit la migration temporaire comme la venue, sur le territoire national, de ressortissants de pays tiers pendant trois ou quatre ans pour y travailler, assortie de l'obligation de retourner dans leur pays d'origine ou de se rendre dans un autre pays à l'issue de cette période.

Selon l'ACVZ, la migration permanente ne peut en aucun cas résoudre les problèmes démographiques de demain. Il ressort de l'expérience du passé que l'un des plus grands problèmes de la migration temporaire sera de garantir le retour du migrant. Pour encourager ce retour, l'ACVZ propose quelques conditions strictes, dont les plus remarquables sont reprises ci-après. La durée du séjour temporaire ne pourrait excéder quatre ans et les travailleurs migrants ne pourraient prétendre au droit au regroupement familial durant ce séjour ⁽⁷⁴⁴⁾. Pour l'encourager au retour, le migrant devrait obtenir une offre d'emploi d'une durée d'un an dans son pays d'origine, et seuls les migrants qui tiendraient leurs promesses se verraient offrir une nouvelle occasion de travailler dans l'UE après une période donnée (dix-huit mois, par exemple). De plus, les travailleurs migrants temporaires auraient la possibilité de racheter leurs droits à la retraite (prévus par l'État et leur entreprise), mais n'en percevraient le montant qu'une fois de retour dans leur pays d'origine.

VI. CONCLUSION

Des facteurs démographiques vont alimenter la demande de travailleurs migrants dans les prochaines décennies. Le taux de natalité s'établit actuellement à 1,5 dans l'UE, alors que le taux de remplacement est de 2,1.

⁽⁷⁴⁰⁾ K. Hailbronner et R. Koslowski, *Models for Immigration Management Schemes*, GMF Paper Series, 2008.

⁽⁷⁴¹⁾ Ali. M. Mansoor et Bryce Quillin, *Migration and Remittances, Eastern Europe and Former Soviet Union*, Banque mondiale, 2007, p. 110.

⁽⁷⁴²⁾ Comparé aux différences de revenu par habitant entre les États-Unis et le Mexique, le revenu par habitant est nettement plus faible et le coefficient s'établit à 6.

⁽⁷⁴³⁾ Briefadvies tijdelijke migratie, 9 février 2009, ACVZ/ADV/2009/02.

⁽⁷⁴⁴⁾ Se posera la question de savoir si cette disposition est applicable compte tenu de la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial, de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention internationale des droits de l'enfant.

L'élargissement a dopé la mobilité intracommunautaire, mais cette source se tarit. L'élan causé par l'élargissement appartient au passé. Les prochains élargissements ne semblent pas non plus être source d'une offre suffisante de main-d'œuvre. De surcroît, le processus d'élargissement semble s'essouffler plutôt que s'accélérer.

La Commission en est tout à fait consciente et tente lentement de mettre en place une politique commune concernant la migration des travailleurs. Les premières étapes ont été franchies, mais il en reste d'autres. Les premières propositions finiront probablement par être fortement édulcorées. Ces propositions présentent de grandes faiblesses à certains égards, certes, mais elles ont le mérite de fournir un point de départ pour une politique commune. Pour certains États membres, c'est une première étape sur la voie d'une politique qui vise la migration des travailleurs hautement qualifiés. Parvenir à l'adoption d'une procédure souple, efficace et rapide qui permette aux entreprises de combler leurs besoins de main-d'œuvre étrangère dans le respect de règles claires et précises sera tout bénéfice pour l'économie européenne.

Par ailleurs, la directive 2003/109/CE relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée prévoit la libre circulation des ressortissants de pays tiers qui résident légalement sur le territoire d'un État membre de l'UE depuis au moins cinq ans. Elle donne à ces ressortissants le droit de

se rendre dans n'importe quel État membre et d'y résider pour des motifs économiques, y compris pour y travailler (même si les États membres peuvent retarder ce droit jusqu'à un an), ainsi que pour des motifs non économiques. Laisser la première admission à la discrétion des États membres réduit généralement l'attractivité, puisque ce sont les États membres qui contrôlent individuellement le premier accès. Par souci de cohérence, il serait judicieux de fixer des règles communes à propos de l'admission initiale des travailleurs migrants ⁽⁷⁴⁵⁾.

Les tensions entre le Conseil et la Commission à propos des questions relatives à la limitation de la souveraineté constituent un grave problème. Comme dans le domaine de la sécurité sociale, de nombreux États membres restent très frileux à l'idée de toute harmonisation concernant la migration des travailleurs.

L'influence croissante d'une approche globale en matière de migration est un développement intéressant. La promotion de la migration circulaire est une composante importante de cette approche. Toutefois, ce type de migration recèle un certain nombre d'incertitudes.

La crise financière est le facteur imprévisible du moment. Incitera-t-elle les États membres à se montrer plus prompts à s'attaquer aux problèmes démographiques ou conduira-t-elle à un plus grand protectionnisme, sur la voie du «chacun pour soi»?

⁽⁷⁴⁵⁾ Elspeth Guild, «EU Policy on Labour Migration, A First Look at the Commission's Blue Card Initiative», *CEPS Policy Brief*, n° 145, novembre 2007.

VERS DE NOUVELLES RÈGLES POUR LA DÉTERMINATION DE LA LÉGISLATION APPLICABLE?

Yves Jorens

Université de Gand (Belgique)

Yves Jorens (né en 1968 à Anvers, Belgique) est actuellement professeur de droit de la sécurité sociale (national et international) et de droit social européen à la faculté de droit de l'université de Gand en Belgique. Par le passé, il a dirigé un groupe de recherche secondaire indépendant en matière de droit de la sécurité sociale européen et international auprès de l'Institut Max Planck de droit social étranger et international à Munich, en Allemagne. Il a rédigé sa thèse de doctorat sur la situation juridique des ressortissants hors UE en matière de sécurité sociale dans le droit européen. Depuis plusieurs années, son travail gravite autour du droit social européen et des questions de politique sociale en ce qui concerne l'adhésion à l'UE et l'intégration dans l'UE, les problèmes liés au travail dans un contexte multinational, la politique de la santé et le droit de la santé. Il a effectué une foule de recherches et possède une connaissance et une maîtrise approfondies des systèmes nationaux de sécurité sociale des États membres de l'Union européenne.

Il possède une riche expérience professionnelle dans de nombreux États membres de l'Union européenne, en particulier dans les nouveaux États membres, et est en relation avec des experts de la sécurité sociale dans un grand nombre de ces pays. Il est également très actif en Afrique australe et en Chine. Il a été expert et chef d'équipe dans différents programmes Phare et Consensus sur le droit social européen, ainsi que consultant pour le Conseil de l'Europe. Il est consultant pour l'Union européenne dans différents domaines de la sécurité sociale européenne et de la législation et de la politique européennes en matière de santé. Yves Jorens est membre et conseiller scientifique du secrétariat du Missoc (système d'information mutuelle sur la protection sociale de l'Union européenne). À l'heure actuelle, il est également chef de projet et responsable scientifique du projet trESS (Formation et suivi de la sécurité sociale en Europe) financé par la DG Emploi, affaires sociales et égalité des chances de la Commission européenne, en charge de la coordination des règles de sécurité sociale pour les travailleurs migrants (*).



I. UN PRINCIPE FONDAMENTAL DE LA SÉCURITÉ SOCIALE EUROPÉENNE

La détermination de la législation applicable est l'un des principes fondamentaux de la sécurité

sociale des travailleurs migrants ⁽⁷⁴⁶⁾. L'objectif est de ne pas laisser la moindre place au doute quant à la législation spécifique qui régit la protection sociale des travailleurs migrants. En l'absence de ce principe, il est possible, sachant qu'il appartient aux États membres, au titre de leur souveraineté natio-

(*) Cette contribution a été traduite à partir de la version anglaise originale.

⁽⁷⁴⁶⁾ Même si ce principe n'est pas littéralement repris à l'article 42 du traité CE. Dans son ouvrage (*La sécurité sociale, son histoire à travers les textes. Tome V: Histoire du droit international de la sécurité sociale*, Paris, Association pour l'étude de l'histoire de la sécurité sociale, 1993, p. 361), Guy Perrin ne cite pas non plus ce principe parmi les principes fondamentaux de la coordination internationale.

nale, de définir les conditions et les critères d'éligibilité (lieu de travail, résidence, nationalité, etc.), d'aboutir à des situations dans lesquelles des dispositions législatives contradictoires s'appliquent de manière concomitante ou qui sortent du champ de toute législation pertinente. Ce principe a donc pour objectif de garantir aux travailleurs migrants, dans leur intérêt, une protection complète immédiate, où qu'ils se trouvent ⁽⁷⁴⁷⁾.

Il existe diverses méthodes pour déterminer la législation applicable qui ne sont pas toujours faciles à mettre en œuvre, du lieu de travail au lieu de résidence, en passant par le siège de l'employeur, le pavillon du bateau, etc.

Dans l'Union européenne, le lieu de travail, la *lex loci laboris*, est le critère qui a été retenu pour déterminer la législation applicable. Des considérations juridiques et pratiques sont à l'origine de ce choix. L'idée était d'associer clairement les droits à la sécurité sociale des migrants au régime du pays auquel les migrants étaient le plus attachés dans leur vie quotidienne. La *lex loci laboris* était non seulement dans le droit fil des régimes initiaux de sécurité sociale à coordonner, mais elle reflétait aussi l'idée que la sécurité sociale vient en complément du travail rémunéré et que sécurité sociale et travail sont souvent interdépendants, notamment dans le calcul des prestations ou dans l'organisation administrative ⁽⁷⁴⁸⁾. Elle est également en accord avec la règle de conflit applicable en droit du travail — voir la convention de Rome et le règlement (CE) n° 593/2008. Le choix du lieu de résidence du travailleur pourrait aussi encourager les employeurs à prendre leur décision en fonction du niveau des cotisations, qui peuvent varier entre les États membres. À cet égard, le choix de la règle de rattachement de la *lex loci laboris* suit les principes généraux de la libre circulation des travailleurs qui était le cadre de référence — du moins lors de l'adoption des règlements de coordination. La sécurité sociale

relève également du droit public, avec la question de la répartition financière des coûts de la sécurité sociale pour les travailleurs migrants ⁽⁷⁴⁹⁾.

Il s'ensuit que la concurrence, concernant les travailleurs, est régie par les dispositions applicables au marché où l'emploi est exercé.

C'est uniquement pour les cas où la stricte application de la *lex loci laboris* est impossible à cause de la nature de certaines formes d'emploi que d'autres règles de rattachement, tels que le lieu de résidence ou le siège de l'employeur, ont été adoptées.

La règle de conflit détermine non seulement le pays où le travailleur est assuré, mais également le pays où l'employeur paie les cotisations. Elle n'est pas pertinente si l'employeur n'a pas d'autre lien avec ce pays que le fait que son travailleur y travaille pour lui, et ce, même si l'employeur est établi dans un autre État membre où ses cotisations seraient moins élevées ⁽⁷⁵⁰⁾.

La *lex loci laboris* est donc la règle générale de rattachement, applicable même en l'absence de choix ⁽⁷⁵¹⁾. Le règlement (CEE) n° 1408/71 ne déroge à la règle générale de rattachement à l'État d'emploi que dans des situations particulières et pour des considérations pratiques et d'efficacité qui font apparaître un rattachement à l'État de résidence comme plus approprié et plus conforme à l'intérêt des travailleurs frontaliers ⁽⁷⁵²⁾.

Le choix fondamental de la *lex loci laboris* a toutefois été remis en cause à maintes reprises, à différents

⁽⁷⁴⁷⁾ BIT, *Introduction to social security*, Genève, BIT, 1984, p. 154.

⁽⁷⁴⁸⁾ Le salaire du bénéficiaire est souvent un facteur important dans le calcul des prestations.

⁽⁷⁴⁹⁾ S. Van Raepenbusch, *La sécurité sociale des personnes qui circulent à l'intérieur de la Communauté économique européenne*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 225.

⁽⁷⁵⁰⁾ Affaire C-8/75, Football Club d'Andlau, 1975, Rec. p. 739; l'article 91 du règlement (CEE) n° 1408/71 stipule que «l'employeur ne peut être contraint au paiement de cotisations majorées, du fait que son domicile ou le siège de son entreprise se trouve sur le territoire d'un État membre autre que l'État compétent». Cette disposition, qui va de soi, a été supprimée dans le nouveau règlement (CE) n° 883/2004.

⁽⁷⁵¹⁾ L'arrêt de l'affaire C-58/87, Rebmann, 1988, Rec. p. 3467 précise qu'à défaut de disposition spécifique, la prise en compte des périodes de chômage complet d'un travailleur frontalier, pour le calcul des droits à pension, obéit à la règle générale faisant régir la situation des travailleurs frontaliers, en principe, par la loi de l'État d'emploi (point 19).

⁽⁷⁵²⁾ Affaire C-58/87, Rebmann, 1988, Rec. p. 3467, point 15.

moments de l'adhésion à l'Union européenne de nouveaux États membres, en particulier ceux où l'État de résidence prévalait. L'État d'emploi ne serait donc plus considéré comme le plus approprié et le plus adapté ⁽⁷⁵³⁾. Le nombre croissant de pays basés sur le modèle scandinave/Beveridge ainsi que l'introduction d'éléments de résidence et de prestations non contributives dans les pays basés sur le modèle Bismarck ont souvent été considérés comme des arguments en faveur de la remise en cause de la *lex loci laboris*. Ces débats peuvent parfois se diriger de manière excessive vers une approche nationale, en recensant le nombre de systèmes basés sur le lieu de résidence par comparaison aux régimes initiaux à coordonner au début de l'Union européenne, certes, mais le règlement (CE) n° 883/2004 relatif au nouveau cadre de coordination confirme, voire renforce dans une certaine mesure, le choix de la *lex loci laboris*. Le règlement (CE) n° 883/2004 prévoit que la personne qui exerce une activité salariée ou non salariée dans un État membre est soumise à la législation de cet État membre ⁽⁷⁵⁴⁾. Le lieu de résidence n'est applicable qu'aux inactifs ⁽⁷⁵⁵⁾. Des questions demeurent toutefois à propos de l'adéquation de ces règles de conflit.

L'adoption du règlement (CE) n° 883/2004 était-elle le bon moment pour modifier/adapter les règles de conflit près d'une cinquantaine d'années après l'entrée en vigueur des règlements de coordination? Aurait-on laissé passer une occasion unique d'adopter une «meilleure» (?) règle de conflit?

Dans un processus de simplification et de rationalisation, le nouveau règlement (CE) n° 883/2004 a apporté, outre la définition de la règle applicable aux inactifs, quelques modifications — mineures —

au système actuel, concernant le détachement ⁽⁷⁵⁶⁾ et les règles relatives à l'exercice d'activités dans deux ou plusieurs États membres ⁽⁷⁵⁷⁾, et la seule exception prévue dans le règlement (CEE) n° 1408/71 au principe général de l'unicité de la législation applicable a été abolie ⁽⁷⁵⁸⁾.

II. FAUT-IL REVOIR LES RÈGLES DE CONFLIT?

Une adaptation purement cosmétique des règles de conflit suffirait-elle? Ou faut-il modifier fondamentalement les règles actuelles et, dans l'affirmative, pour quelle raison?

Quels sont les motifs qui pourraient justifier d'approfondir la réflexion sur de nouvelles règles en matière de législation applicable? À notre sens, trois facteurs pourraient intervenir ⁽⁷⁵⁹⁾.

En premier lieu, les tendances migratoires sont visiblement en pleine évolution. Le travailleur migrant d'aujourd'hui ne ressemble pas à celui d'il y a cinquante ans. L'un des changements les plus impor-

⁽⁷⁵⁶⁾ En particulier le prolongement de la période maximale de détachement, de un à deux ans, ainsi que l'inclusion, dans les nouvelles dispositions, de conditions déjà clairement énoncées dans la jurisprudence de la Cour de justice (les cas dans lesquels une personne exerce une activité salariée dans un État membre pour le compte d'un employeur y exerçant normalement ses activités et que cet employeur détache pour effectuer un travail pour son compte dans un autre État membre ainsi que les cas dans lesquels une personne exerçant normalement une activité non salariée dans un État membre part effectuer une activité semblable dans un autre État membre) — article 12 du règlement (CE) n° 883/2004.

⁽⁷⁵⁷⁾ C'est à cet égard que les modifications les plus importantes sont introduites: les travailleurs du secteur du transport international sont soumis aux règles générales, car leur règle particulière a été abolie. Il est désormais requis que les personnes concernées exercent une partie substantielle de leur activité dans leur État de résidence pour que la législation de celui-ci leur soit applicable — article 13 du règlement (CE) n° 883/2004.

⁽⁷⁵⁸⁾ Article 13, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 883/2004, annexe VII du règlement (CEE) n° 1408/71. Le règlement (CE) n° 883/2004 abolit des règles spécifiques à certaines catégories de personnes, par rapport au règlement (CEE) n° 1408/71. Le règlement (CE) n° 883/2004 ne prévoit plus de règle particulière pour les travailleurs des transports internationaux, de choix pour le personnel des missions diplomatiques et des postes consulaires, de règle particulière pour les fonctionnaires travaillant dans deux pays, pour les entreprises traversées par une frontière commune, pour les fonctionnaires couverts par un régime spécial et pour les personnes n'appartenant pas à l'équipage qui exercent une activité professionnelle à bord d'un navire dans les eaux territoriales ou au port.

⁽⁷⁵⁹⁾ Pour un aperçu général des tendances et des défis concernant les règlements actuels, voir Y. Jorens et J. Hajdú, *European Report 2008, Training and Reporting on European Social Security*, projet DG EMPL/E/3 — VC/2007/0188, Bruxelles, 125 p.

⁽⁷⁵³⁾ A. Christensen et M. Malmstedt, «Lex Loci Laboris versus Lex Loci Domicilii — An Inquiry into the Normative Foundations of European Social Security Law», *European Journal of Social Security*, n° 1, Kluwer Law International, 2000, p. 69; voir aussi D. Pieters, «Towards a Radical Simplification of the Social Security Coordination. Exploratory study on possibilities of replacement of Regulations (EEC) Nos. 1408/71 and 574/72 in order to simplify the EC Co-ordination of social security schemes», dans P. Schoukens (ed.), *Prospects of Social Security Coordination*, Louvain, Acco, 1997, p. 190.

⁽⁷⁵⁴⁾ Article 11, paragraphe 3, point a), du règlement (CE) n° 883/2004.

⁽⁷⁵⁵⁾ Article 11, paragraphe 3, point e), du règlement (CE) n° 883/2004.

tants qui soient intervenus concerne la nature de la migration même, avec l'avènement de nouveaux modes de travail, dont la flexibilité accrue des marchés du travail. Le règlement est entré en vigueur à une époque où les travailleurs étaient sous contrat de travail à temps plein et à durée indéterminée et où les travailleurs migrants — généralement des hommes — émigraient (seuls ou en famille) pour travailler et retournaient dans leur pays d'origine en fin de carrière. En général, les travailleurs émigraient dans l'espoir de bénéficier de meilleures perspectives professionnelles et de meilleures conditions de travail, notamment un niveau de salaire plus élevé. Ces travailleurs migrants typiques du secteur minier s'installaient pour longtemps à l'étranger et ne rentraient bien souvent dans leur pays d'origine qu'à l'âge de la retraite. Ces travailleurs migrants tenaient beaucoup à leur intégration dans les systèmes de sécurité sociale de leur État d'emploi. Si leur migration intervenait à un âge plus avancé, leurs plus grandes difficultés résidaient dans le transfert de leurs allocations de retraite à l'étranger. Les travailleurs migrants sont plus diversifiés aujourd'hui, par exemple, les travailleurs transfrontaliers, les travailleurs migrants temporaires ou encore le personnel paneuropéen de gestion, ce qui contribue au développement d'un marché du travail paneuropéen. Avec la poursuite de la mondialisation et la création d'un marché unique européen, il est de plus en plus courant que des employeurs détachent du personnel pour travailler de manière temporaire dans un autre État membre. Des travailleurs font la navette chaque jour ou chaque semaine entre leur État de résidence et leur État d'emploi. Aujourd'hui, il est fréquent qu'une carrière professionnelle implique plusieurs missions consécutives à l'étranger (à court ou plus long terme), souvent au sein d'un réseau d'entreprises, dans différents États membres. Ce n'est pas la migration permanente, mais la migration inter et intra-organisationnelle qui est devenue la tendance la plus importante.

Les travailleurs migrants qui multiplient les missions de courte durée à l'étranger sont plus favorables à l'idée de rester inscrits dans le système de sécurité

sociale de leur pays d'origine que d'intégrer celui du pays où ils effectuent des missions de courte durée.

Nombreux sont ceux qui prétendent que ces nouvelles formes de mobilité remettent en cause les principes et les règles en vigueur en matière de législation applicable. Ne peut-on en effet considérer que cette règle générale de conflit n'est plus appropriée à cause de la grande flexibilité associée aux missions de courte durée effectuées dans différents États membres, conduisant à un changement constant de la *lex loci laboris*. Que cela complique énormément la situation de ces travailleurs migrants en matière de sécurité sociale et dissuade même le développement des migrations? ⁽⁷⁶⁰⁾. Que dire aussi des cadres des multinationales qui passent souvent d'un site à l'autre et travaillent pour différentes filiales de leur groupe tout au long de leur carrière? À ces cadres qui sillonnent un réseau d'entreprises étroitement liées, il arrive souvent de signer un contrat de travail avec une filiale, tout en gardant leur contrat principal, mais gelé avec la maison mère, ce qui ne manque pas de compliquer leur situation puisqu'il est difficile d'établir qui est leur employeur. Les travailleurs de l'industrie du spectacle peuvent par exemple travailler pour une entreprise sous statut de salarié tout en étant détachés dans d'autres États membres lorsque leur entreprise s'y produit, ou signer un contrat de service en tant que travailleurs indépendants dans un autre État membre de l'UE ⁽⁷⁶¹⁾. Les problèmes spécifiques de mobilité que ces catégories de travailleurs rencontrent sont de nature à inciter à l'adoption de règles particulières de conflit qui seraient plus adaptées aux caractéristiques de leur situation ⁽⁷⁶²⁾.

⁽⁷⁶⁰⁾ A. Numhauser-Henning, «Freedom of movement and Transfer of Social Security Rights», dans R. Blampain (ed.), *Collective bargaining, discrimination, social security and European integration*, La Haye, Kluwer Law International, 2003, p. 185-186.

⁽⁷⁶¹⁾ Voir par exemple R. Pollachek, «Study on impediments to mobility in the EU-live performance sector and on possible solutions», étude réalisée pour le compte de Pearle, Mobile.Home Project, Helsinki, 2007, p. 14.

⁽⁷⁶²⁾ R. Pollachek, «Study on impediments to mobility in the EU-live performance sector and on possible solutions», étude réalisée pour le compte de Pearle, Mobile.Home Project, Helsinki, 2007; ERA Green paper, «Realizing a single labour market for researchers», DG Recherche; conclusions du Conseil du 30 septembre 2008 (n° 13571/08).

En second lieu, la libre circulation, principe fondamental des règlements de coordination, a évolué et est passée d'une perspective économique à une dimension plus vaste de droit humain. La relation censée exister depuis toujours entre la libre circulation des travailleurs en tant qu'instrument et les préoccupations économiques de l'Union européenne a progressivement laissé place à une union de citoyens. Le travailleur migrant est avant tout un être humain qui cherche à améliorer ses conditions de vie et de travail, et non une ressource économique. Dans le même esprit, la libre circulation des travailleurs a évolué dans le sens d'une union des «citoyens européens». La dimension économique est passée à l'arrière-plan, pour établir un ordre juridique qui soit cohérent avec le principe de justice sociale et les attentes des individus quant à une intégration européenne, qui ressortent des objectifs généraux des traités ⁽⁷⁶³⁾. «La création d'une citoyenneté de l'Union, qui a pour corollaire le droit pour ceux qui la possèdent de circuler librement sur le territoire de tous les États membres, représente un progrès qualitatif considérable, dans la mesure où elle dissocie cette liberté de circuler de ses éléments fonctionnels ou instrumentaux (puisque'elle n'est plus liée à l'exercice d'une activité économique ou à la mise en place du marché intérieur) et dans la mesure également où elle élève ce droit au rang de droit propre et indépendant, inhérent au statut politique des citoyens de l'Union» ⁽⁷⁶⁴⁾.

La création de cette citoyenneté européenne, en particulier telle qu'elle est interprétée par la Cour de justice ⁽⁷⁶⁵⁾, a instauré une nouvelle série de droits pour les inactifs économiques, jusque-là pratiquement ignorés par le droit communau-

taire ⁽⁷⁶⁶⁾, et leur a conféré un statut leur permettant de prétendre à la sécurité sociale, qu'ils aient ou non exercé ou exercent ou non une activité économique ⁽⁷⁶⁷⁾. Comme la Cour applique également les dispositions de la citoyenneté européenne dans les affaires sous le coup des règlements européens, il est clair que le règlement (CEE) n° 1408/71 — et, à l'avenir, le règlement (CE) n° 883/2004 — de coordination n'est pas le seul moyen que les individus peuvent utiliser pour obtenir des droits et des prestations de sécurité sociale. Une nouvelle notion de solidarité européenne est née ⁽⁷⁶⁸⁾.

Ce qui nous amène à une troisième raison, très étroitement liée à la citoyenneté européenne, qui pourrait justifier une analyse plus approfondie des règles concernant la législation applicable. Au même moment où sont apparues les premières affaires de citoyenneté européenne dans le domaine social ⁽⁷⁶⁹⁾, les individus — dont des travailleurs — étaient directement dépendants d'autres dispositions du traité UE, sans doute dubitatifs quant à l'influence qu'ils pourraient avoir sur leurs droits en matière de sécurité sociale. Des affaires dans le secteur des soins de santé ⁽⁷⁷⁰⁾ ont amené la Cour à attaquer les critères nationaux de refus de remboursement de frais médicaux à l'étranger en vertu des règles du marché interne, en particulier la libre circulation des biens et la libre prestation des services, ouvrant ainsi la voie pour les

⁽⁷⁶³⁾ Voir A. Touffait, «La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes en matière de sécurité sociale des travailleurs européens qui se déplacent», *Mélanges offerts à P.H. Teitgen*, Paris, 1984, p. 525.

⁽⁷⁶⁴⁾ Conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, dans les affaires jointes C-11/06 et C-12/06, Morgan, 2007, Rec. p. 9161, point 82.

⁽⁷⁶⁵⁾ Affaire C-85/96, Martine Sala, 1998, Rec. p. 2691; affaire C-184/99, Grzelczyk, 2001, Rec. p. 6193; affaire C-413/99, Baumbast, 2002, Rec. p. 7091; affaire C-138/02, Collins, 2004, Rec. p. 2703; affaire C-456/02, Trojani, 2004, Rec. p. 7573; affaire C-138/02, Collins, 2004, Rec. p. 2703; affaire C-209/03, Bidar, 2005, Rec. p. 2119; affaire C-192/05, Tas-Hagen, 2006, Rec. p. 10451; affaire C-406/04, De Cuyper, 2006, Rec. p. 6947.

⁽⁷⁶⁶⁾ Les droits des inactifs sont développés dans les trois directives relatives au droit de séjour, en l'occurrence la directive 90/364/CEE relative au droit de séjour, la directive 90/365/CEE relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle et enfin, la directive 93/96/CEE relative au droit de séjour des étudiants. Ces trois directives ont été abrogées et remplacées par la directive 2004/38/CE relative au droit de libre circulation et de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille.

⁽⁷⁶⁷⁾ E. Spaventa, *Free Movement of Persons in the European Union. Barriers to movement in their constitutional context*, La Haye, Kluwer Law International, 2007, p. 114-115.

⁽⁷⁶⁸⁾ Voir également M. Ross, «Promoting Solidarity: From Public Services to a European Model of Competition?», *Common Market Law Review*, 2007, p. 1065; M. Coucheir (ed.), M. Sakslin (ed.), S. Giubboni, D. Martinsen et H. Verschuere, *Think Tank Report 2008: The relationship and interaction between the coordination Regulations and Directive 2004/38/EC, Training and Reporting on European Social Security*, projet DG EMPL/E/3 — VC/2007/0188, Bruxelles, 2008, p. 37 et suivantes.

⁽⁷⁶⁹⁾ Affaire C-85/96, Martine Sala, 1998, Rec. p. 2691.

⁽⁷⁷⁰⁾ À commencer par les affaires C-120/95, Decker, 1998, Rec. p. 1831, et C-158/96, Kohll, 1998, Rec. p. 1931.

citoyens européens à une deuxième possibilité de traitement médical à l'étranger, outre celle offerte par l'article 22 du règlement (CEE) n° 1408/71. Résultat de cette jurisprudence, deux procédures différentes, n'ayant ni l'une ni l'autre la primauté, régissent les cas concernant les frais de traitement médical encourus dans un autre État membre ⁽⁷⁷¹⁾. Ces exemples montrent clairement que des individus ont pu obtenir des droits sociaux directement sur la base des principes de libre circulation.

Un développement important qui intervient à cet égard réside dans le fait que des travailleurs européens s'appuient directement sur les principes généraux de la libre circulation des personnes (article 39) pour lutter contre d'éventuelles limitations de leurs droits fondamentaux, limitations découlant non seulement de leur législation nationale, mais aussi dans certains cas de l'application des règlements communautaires. La nature non exportable traditionnelle de certaines prestations en vertu du règlement, par exemple les allocations de chômage ou des prestations non contributives spécifiques, pourrait être de plus en plus souvent remise en cause eu égard à l'applicabilité directe des principes généraux de libre circulation du traité de l'UE. La jurisprudence récente de la Cour de justice ainsi que des développements au niveau national ont montré clairement que même une inclusion à l'annexe II *bis* du règlement qui exempterait les autorités nationales de l'obligation d'exporter ces prestations ne mettrait pas nécessairement un terme au dossier. Il ressort de certaines affaires portées devant la Cour de justice — par exemple les affaires De Cuyper ⁽⁷⁷²⁾, Petersen ⁽⁷⁷³⁾ ou Hendrix ⁽⁷⁷⁴⁾ — que la nature non exportable de prestations spécifiques doit être analysée à la lumière du droit de libre circulation prévu à l'article 39 du traité CE ou de la citoyenneté européenne abordée à l'ar-

ticle 18 du traité CE. Dans ces circonstances, les conditions de résidence ne peuvent être alléguées que si leur utilisation est justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi. Cela pourrait aboutir à d'autres résultats. Bien que dans l'affaire Hendrix par exemple, la Cour de justice ait pris en considération une prestation pour jeune handicapé figurant à l'annexe II *bis* du règlement dans la liste des prestations non exportables, elle s'est interrogée sur sa compatibilité avec les principes de libre circulation prévus à l'article 39 du traité CE. C'est à un tribunal national qu'il appartenait de se prononcer: après avoir confronté la législation nationale à ces principes, le tribunal national a déclaré non applicable la clause relative au caractère non exportable. Des exemples tels que celui-là confirment que les règlements ne sont plus le seul moyen de coordonner la sécurité sociale pour les travailleurs migrants. C'est une tendance qui se développe non seulement dans le domaine de la libre circulation des travailleurs, mais aussi dans le domaine de la libre prestation des services. Dans l'affaire Rüffert ⁽⁷⁷⁵⁾ sur le salaire minimal, à propos de la directive 96/71/CE, la Cour a directement étudié l'obligation du paiement d'un salaire — un domaine clairement régi par cette directive — dans la perspective de la libre prestation des services.

Le fait de s'appuyer directement sur le traité UE a pour conséquence que chaque règle sera maintenant jugée en fonction du principe général de la libre circulation — en d'autres termes, l'application de la règle concernée est-elle un obstacle, que rien d'objectif ne justifie, et le principe de proportionnalité est-il respecté? Trouver une justification objective restera peut-être facile, mais réussir le test de la proportionnalité sera beaucoup plus difficile. Le caractère non exportable de certaines prestations en est un bon exemple. Dans l'affaire De Cuyper ⁽⁷⁷⁶⁾, la Cour confirme que la clause de résidence qui est imposée à un chômeur dispensé de l'obligation de justifier de sa disponibilité sur le marché de

⁽⁷⁷¹⁾ Y. Jorens, M. Coucheir et F. Van Overmeiren, «Access to health care in an internal market: impact for statutory and complementary systems», rapport de base, Bruxelles, AIM, 2005, *Bulletin luxembourgeois des questions sociales*, n° 18, 2005, p. 13.

⁽⁷⁷²⁾ Affaire C-406/04, De Cuyper, 2006, Rec. p. 6947.

⁽⁷⁷³⁾ Affaire C-228/07, Petersen, 2008, arrêt non encore publié au Recueil.

⁽⁷⁷⁴⁾ Affaire C-287/05, Hendrix, 2007, Rec. p. 6909.

⁽⁷⁷⁵⁾ Affaire C-346/06, Rüffert, 2008, Rec. p. 1989.

⁽⁷⁷⁶⁾ Affaire C-406/04, De Cuyper, 2006, Rec. p. 6947.

l'emploi comme condition du maintien de son droit à une allocation de chômage, est une restriction qui se justifie toutefois par la nécessité de contrôler la situation professionnelle et familiale d'une personne au chômage. À l'analyse de cette justification, il est impossible de ne pas avoir le sentiment que la Cour a été très sensible aux arguments avancés par la Belgique, pourtant peu convaincants dans les faits. Impossible non plus de ne pas avoir le sentiment que des restrictions similaires auront plus de difficultés à passer le test de la libre circulation à l'avenir. L'affaire Petersen ⁽⁷⁷⁷⁾ portée devant la Cour de justice le confirme clairement. Cette affaire porte sur le caractère non exportable d'une avance versée aux chômeurs ayant demandé une prestation d'assurance pour invalidité que la Cour a considérée comme une allocation de chômage. À cet égard, la Cour déclare sans détour qu'à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi, une disposition de droit national doit être considérée comme indirectement discriminatoire, dès lors qu'elle est susceptible, par sa nature même, d'affecter davantage les travailleurs migrants que les travailleurs nationaux et qu'elle risque, par conséquent, de défavoriser plus particulièrement les premiers. La Cour ajoute que le règlement européen ne s'oppose pas à ce qu'un État membre subordonne l'octroi d'une prestation de chômage à une condition de résidence, du moins dans des situations normales, ce qui n'est pas le cas à propos de la situation particulière de M. Petersen. La Cour constate que le gouvernement autrichien n'a pas cherché à décrire l'objectif poursuivi par la condition de résidence imposée par la réglementation nationale pour l'octroi de la prestation — même si un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale peut *notamment* (italique ajouté par l'auteur) constituer une raison impérieuse d'intérêt général. L'existence d'un tel risque est difficile à établir, dès lors qu'en accordant cette prestation aux demandeurs résidant sur le territoire national, les autorités compétentes démontrent leur capacité à en supporter la

charge économique. Comme cette prestation est versée pendant une période limitée aux demandeurs de prestations d'invalidité, la condition de résidence semble aussi disproportionnée.

Le droit national, tout comme le règlement (CEE) n° 1408/71, est supplanté par l'application directe des dispositions du traité UE: les États membres sont maintenant confrontés à une tâche qu'ils oublient souvent, celle de justifier concrètement leur point de vue dans l'affaire en cause à la lumière de la proportionnalité. Pas de manière très abstraite toutefois, mais en rapport avec la situation particulière de la personne concernée. Dans l'affaire Baumbast ⁽⁷⁷⁸⁾ aussi, la Cour a appliqué le principe de proportionnalité aux faits ⁽⁷⁷⁹⁾ et a choisi d'étudier la réglementation *in concreto*, compte tenu des circonstances de l'affaire en cause. Même dans les cas où la législation est en principe compatible avec les exigences du droit communautaire, elle peut y être contraire une fois appliquée dans une situation concrète particulière ⁽⁷⁸⁰⁾. Les États membres vont devoir accorder beaucoup plus d'attention à la justification concrète de leurs arguments dans les affaires portées devant la Cour et ne pourront plus se limiter à des allégations générales. Il sera peut-être plus facile pour les individus en quête de protection au titre du droit communautaire d'attaquer la conformité du droit national avec le droit communautaire.

Cette évaluation *in concreto* a également donné lieu à une analyse plus approfondie de la conformité du droit communautaire dérivé avec les principes généraux du droit communautaire ⁽⁷⁸¹⁾. La

⁽⁷⁷⁸⁾ Affaire C-413/99, Baumbast, 2002, Rec. p. 7091.

⁽⁷⁷⁹⁾ Voir le point 92. Dans une affaire récente (affaire C-158/07, Förster, arrêt du 18 novembre 2008 non encore publié au Recueil) concernant une bourse d'entretien, la Cour a étudié la situation de manière plus abstraite que concrète. Il reste difficile à déterminer si la Cour tient à s'écarter de sa jurisprudence, selon laquelle c'est la situation individuelle concrète de l'intéressé qui est prise en compte (voir également la contribution de Spaventa dans cet ouvrage).

⁽⁷⁸⁰⁾ E. Spaventa, *Free Movement of Persons in the European Union. Barriers to movement in their constitutional context*, La Haye, Kluwer Law International, 2007, p. 155.

⁽⁷⁸¹⁾ M. Coucheir (ed.), M. Sakslin (ed.), S. Giubboni, D. Martinsen et H. Verschuere, *Think Tank Report 2008: The relationship and interaction between the coordination Regulations and Directive 2004/38/EC, Training and Reporting on European Social Security*, projet DG EMPL/E/3 — VC/2007/0188, Bruxelles, 2008, p. 36-37.

⁽⁷⁷⁷⁾ Affaire C-228/07, Petersen, 2008, arrêt non encore publié au Recueil.

Cour n'hésite pas à étudier la conformité des dispositions nationales, même si elles suivent le droit communautaire dérivé, directement avec les dispositions du traité CE. Cela revient à ce que Dougan appelle «une analyse juridique de la législation communautaire, non pas celle de haut vol à laquelle on pourrait s'attendre dans les problèmes de compétence dans l'exercice des pouvoirs législatifs de la Communauté, mais celle de première ligne, que l'on rencontre tout le temps lorsque des dispositions nationales restreignent la libre circulation en vertu des dispositions primaires du traité» ⁽⁷⁸²⁾. Aux yeux de certains, l'analyse de la proportionnalité à laquelle se livre la Cour de justice pourrait défier l'autonomie, les compétences et les pouvoirs de la législature européenne ⁽⁷⁸³⁾. La réglementation nationale, en conformité avec le règlement (CEE) n° 1408/71 — et, à l'avenir, avec le règlement (CE) n° 883/2004 —, ainsi que le règlement de coordination en matière de sécurité sociale lui-même, seront de plus en plus soumis à l'évaluation de leur conformité avec les principes fondamentaux du droit communautaire ⁽⁷⁸⁴⁾. Ce ne sont plus les règlements, mais la conformité avec la libre circulation qui constitue le cadre ultime de référence.

Les raisons ci-dessus montrent clairement que bien que nous puissions tous être plus ou moins satisfaits des règles actuelles, il n'est pas pour autant exclu que le règlement actuel et à venir en matière de coordination prêterait le flanc à des attaques au titre de sa

conformité avec les principes généraux du droit communautaire, tels que la citoyenneté européenne, la libre circulation des travailleurs, la libre prestation des services, voire la libre circulation des biens.

III. LES RÈGLES DE CONFLIT ACTUELLES FONT-ELLES LE POIDS?

A. De nouvelles règles pour de nouvelles tendances migratoires?

Les règlements sont-ils adaptés à ce nouveau cadre? Le moment n'est-il pas venu, à l'heure où nous célébrons les 50 ans d'existence des règlements, de réfléchir à la possibilité de revoir un système de règles de conflit cinquantenaire?

Le débat tourne souvent autour de l'adoption de nouvelles règles ou de l'adaptation des règles existantes compte tenu de nouveaux modèles de migration.

Dans le cadre de l'objectif général de simplification et de modernisation des dispositions actuelles qui a présidé à l'élaboration du nouveau règlement, des règles particulières applicables à des catégories spécifiques qui compliquaient le système ont été abolies. À cet égard, l'adaptation et la mise en application de dispositions spécifiques pour les «nouvelles» formes de mobilité iraient à l'encontre du processus de rationalisation entamé dans le cadre du règlement (CE) n° 883/2004. L'inclusion de règles particulières à l'intention de «nouvelles» catégories pourrait multiplier les demandes d'autres groupes, ce qui aurait pour effet d'accroître la fragmentation et l'application uniforme des règles de conflit. Dans l'ensemble, il apparaît qu'associer des règles de conflit à des catégories de travailleurs n'est pas une approche convaincante. Force est de constater, à l'image de la Casstm ⁽⁷⁸⁵⁾, que très rares sont les situations qui requièrent un traitement spécifique.

⁽⁷⁸²⁾ M. Dougan, «The Constitutional Dimension to the Case Law on Union Citizenship», *European Law Review*, 2006, p. 620-621.

⁽⁷⁸³⁾ Voir également S. Besson et A. Utzinger, «Introduction: Future Challenges of European Citizenship — Facing a Wide-Open Pandora's Box», *European Law Journal*, 2007, p. 575; M. Coucheir (ed.), M. Sakslin (ed.), S. Giubboni, D. Martinsen et H. Verschueren, *Think Tank Report 2008: The relationship and interaction between the coordination Regulations and Directive 2004/38/EC, Training and Reporting on European Social Security*, projet DG EMPL/E/3 — VC/2007/0188, Bruxelles, 2008, p. 37.

⁽⁷⁸⁴⁾ Voir le point 57 des conclusions de l'avocat général Juliane Kokott dans l'affaire C-287/05, Hendrix, 2007, Rec. p. 6909: «Une entrave à une liberté fondamentale doit donc également être justifiée par des motifs impérieux d'intérêt général lorsqu'elle résulte du règlement communautaire ou d'une disposition du droit national qui est en conformité avec le droit dérivé. Certes, le législateur communautaire et le législateur national disposent d'une marge d'appréciation lorsqu'ils adoptent, pour des motifs d'intérêt général, une disposition qui porte atteinte à une liberté fondamentale. Il n'en reste pas moins qu'il appartient à la Cour de vérifier si le législateur n'a pas outrepassé les limites de ce pouvoir d'appréciation et donc violé cette liberté fondamentale.»

⁽⁷⁸⁵⁾ Voir le document n° 278/07 REV du 4 octobre 2007.

Les artistes, le personnel navigant dans l'aviation, etc., se déplaçaient déjà par le passé, certainement pas autant qu'aujourd'hui c'est vrai, mais en appeler à l'adoption de dispositions spécifiques pour tenir compte de ces formes de mobilité reviendrait en quelque sorte à prétendre que le législateur européen a ignoré ces catégories dans une plus ou moins grande mesure. Certaines formes de mobilité ne sont pas neuves, mais elles sont devenues plus fréquentes. Le recours aux agences d'intérim et l'application des règles de conflit dans ces situations remontent à plusieurs dizaines d'années. La Cour européenne de justice s'est penchée dès les années 70 sur l'application des dispositions de détachement à propos des agences d'intérim ⁽⁷⁸⁶⁾. Il existe d'autres formes de mobilité, par exemple celle du personnel navigant dans l'aviation, que l'on peut assimiler à des travailleurs du secteur des transports.

Ces exemples montrent que certaines des questions soulevées par ces nouvelles formes de mobilité ne sont pas imputables à l'inadéquation des règles existantes, mais plutôt aux problèmes de compréhension et de mise en œuvre des concepts. Cette perspective pourrait conduire à avancer l'argument selon lequel le règlement (CEE) n° 1408/71 et le règlement (CE) n° 883/2004 sont en fait bien adaptés à ces nouvelles formes de mobilité — il faut plutôt un consensus sur l'interprétation des concepts et leur mise en œuvre efficace qu'une refondation des principes ou des concepts des règlements ⁽⁷⁸⁷⁾.

Le groupe d'experts en charge de la libre circulation des chercheurs souhaite par exemple promouvoir l'utilisation des accords au titre de l'article 17 — l'article 16 dans le règlement (CE) 883/2004 — comme un moyen pour éviter les obstacles à la libre circulation des chercheurs et mieux prendre en

compte leur situation particulière ⁽⁷⁸⁸⁾. L'industrie du spectacle préconise également de faciliter les procédures d'obtention des formulaires E101 ⁽⁷⁸⁹⁾.

Une meilleure utilisation des dispositions actuelles passe toutefois par une plus grande clarté. Le manque de clarté des règles des dispositions concernant la législation applicable et les différentes interprétations auxquelles elles se prêtent ouvrent la voie non seulement à un usage controversé, voire à une application incorrecte des dispositions actuelles, mais aussi à leur contestation devant la Cour européenne de justice. L'application de l'article 17 du règlement (CEE) n° 1408/71 — l'article 16 du règlement (CE) n° 883/2004 — qui permet aux États membres de conclure, dans l'intérêt des travailleurs migrants, des accords qui s'écartent des règles de conflits est un exemple typique d'utilisation incohérente. Les États membres appliquent leurs propres règles, qui diffèrent fortement non seulement entre eux, mais aussi en leur sein même dans certains cas. Il n'est pas à exclure qu'un jour, il soit difficile d'expliquer à la Cour européenne de justice pourquoi des travailleurs dans la même situation tombent sous le coup de législations différentes à cause de divergences de vue entre des États membres à propos de l'application de cet article. Peut-on le remettre en cause pour des raisons de discrimination ⁽⁷⁹⁰⁾? Il est vrai que l'une des difficultés fondamentales à cet égard réside dans le fait que le règlement est un instrument de coordination, et non d'harmonisation, des systèmes de sécurité sociale, ce qui laisse aux différents États membres la responsabilité de la mise en œuvre. Le législateur européen n'a dès lors pas pour priorité de définir le concept appliqué, ce qui n'exclut pas que des orientations de sa part seraient les bienvenues.

⁽⁷⁸⁶⁾ Affaire C-35/70, *Manpower*, 1970, Rec. p. 1263.

⁽⁷⁸⁷⁾ Voir Y. Jorens (ed.), J. P. Lhernould (ed.), J. C. Fillon, S. Roberts et B. Spiegel, *Think Tank Report 2008, Towards a new framework for applicable legislation. New forms of mobility, coordination principles and rules of conflict, Training and Reporting on European Social Security*, projet DG EMPL/E/3 — VC/2007/0188, Bruxelles, 2008, p. 7.

⁽⁷⁸⁸⁾ Voir les conclusions du Conseil du 30 septembre 2008, document n° 13571/08.

⁽⁷⁸⁹⁾ Voir par exemple R. Pollachek, «Study on impediments to mobility in the EU-live performance sector and on possible solutions», étude réalisée pour le compte de Pearle, Mobile.Home Project, Helsinki, 2007, p. 34.

⁽⁷⁹⁰⁾ Voir Y. Jorens et J. Hajdú, *European Report 2008, Training and Reporting on European Social Security*, projet DG EMPL/E/3 — VC/2007/0188, Bruxelles, p. 8.

Nul ne peut ignorer que des formes spécifiques de mobilité liées à de nouveaux types de contrat de travail se multiplient, notamment à cause de la flexibilité accrue du marché du travail. Des travailleurs sous contrat à durée déterminée, sous contrat temporaire via des agences d'intérim, mis à disposition, souvent pour une courte période, d'entreprises fortement intégrées, pratiquant le télétravail ou encore alternant sans cesse les postes au sein d'une multinationale ou travaillant simultanément sur différents sites, dans différents États membres, parfois sous contrat avec plusieurs filiales, etc. Est-ce toujours un problème d'adopter de nouvelles règles? Les problèmes ne seraient-ils pas aussi à imputer à la difficulté de comprendre et d'appliquer les concepts fondamentaux des règles actuelles de conflit? Le fait de travailler dans un réseau intra-organisationnel international d'entreprises en est un exemple typique. Le problème tient au fait que ce sont de plus en plus des entreprises différentes qui sont propriétaires des équipements et qui emploient les personnels, ceux-ci travaillant généralement pour des sociétés «globales» de placement. Comment définir l'employeur? Est-il judicieux de considérer ce réseau d'entreprises comme un groupe d'entreprises distinctes, possédant toutes leur propre personnalité morale ou comme une seule grande entité dont la maison mère est l'employeur principal? Qu'en est-il si un contrat de travail est conclu avec une filiale? L'employeur est-il la partie avec laquelle le contrat de travail est signé ou la maison mère qui a autorité sur ses différentes filiales? Prenons à titre de référence une affaire portée récemment devant la Cour de cassation en France ⁽⁷⁹¹⁾. Une employée de la maison mère L'Oréal a mis fin à son contrat de travail lors de sa mutation dans une filiale en Chine. Elle a conclu un contrat de travail avec cette filiale, mais a été licenciée pour cause de grossesse. La Cour de cassation a jugé ce licenciement sans cause réelle et sérieuse, en l'absence de reclassement. Nonobstant la disparition de la relation contractuelle entre l'employée et la mai-

son mère, la Cour a estimé que la maison mère restait responsable puisqu'elle a pris l'initiative de mettre cette employée à la disposition de sa filiale. Faut-il en conclure que la maison mère est le véritable employeur? Ne serait-il pas possible, dans de tels cas, de laisser le travailleur soumis pendant toute la durée du contrat de travail aux règles du pays où siège l'employeur principal? Il faut aussi envisager l'hypothèse de la mutation d'un travailleur dans une autre filiale avec laquelle il a conclu un contrat de travail, alors que son contrat de travail avec la maison mère est gelé et en sommeil. Il est prévisible qu'après un temps, la personne concernée sera réintégrée par la maison mère ou obtiendra la garantie qu'à l'issue de son contrat avec la filiale, elle se verra offrir un nouveau poste dans la maison mère ou des fonctions similaires dans une autre filiale du groupe. La notion de réintégration peut-elle être un élément à prendre considération pour déterminer le lieu principal de rattachement et, donc, pour identifier la règle de conflit la plus appropriée? Ne serait-ce pas plus probant d'analyser ces situations selon une approche globale qui serait davantage axée sur la vie?

Pour apporter une réponse concrète aux questions soulevées ci-dessus, il faut aller au-delà d'une simple adaptation cosmétique des règles de conflit. Toute la question est de savoir si les règles actuelles pourraient être déclarées conformes aux principes généraux de la libre circulation. Et si de nouvelles règles sont élaborées, il faut aussi tenir compte du fait qu'elles devront être conformes avec ces principes. Est-ce une raison de s'abstenir de réfléchir à la définition d'un nouveau cadre et d'étudier la philosophie et les principes fondamentaux qui sous-tendent le système actuel, à savoir la neutralité, le caractère obligatoire et l'effet exclusif et contraignant des règles de conflit ⁽⁷⁹²⁾.

⁽⁷⁹¹⁾ Voir J. P. Lhernould, «Obligations de la société mère suite au licenciement du salarié mis à disposition d'une filiale étrangère, Cass. Soc. 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-41700», *Droit social*, 2009, p. 69.

⁽⁷⁹²⁾ C'est précisément la tâche que le Think Tank on new forms of mobility and applicable legislation a entreprise dans le cadre du projet trESS. Ce rapport s'inspire donc aussi des réflexions et des idées de ce groupe, dont l'auteur de cet article est membre — voir Y. Jorens (ed.), J. P. Lhernould (ed.), J. C. Fillon, S. Roberts et B. Spiegel, *Think Tank Report 2008, Towards a new framework for applicable legislation. New forms of mobility, coordination principles and rules of conflict, Training and Reporting on European Social Security*, projet DG EMPL/E/3 — VC/2007/0188, Bruxelles, 2008. Les activités du groupe se poursuivront en 2009.

B. Vers une nouvelle approche fondamentale?

1. Les objectifs des règlements

Il y a une question préliminaire à se poser avant d'envisager de modifier les règles de conflit actuelles, celle de savoir pour qui les règlements de coordination ont été conçus. Qui sont-ils censés protéger?

Les règlements de coordination ont été adoptés pour garantir la libre circulation des travailleurs.

Les considérants du règlement (CE) n° 883/2004 précisent clairement que «les règles de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale s'inscrivent dans le cadre de la libre circulation des personnes et devraient contribuer à l'amélioration de leur niveau de vie et des conditions de leur emploi» ⁽⁷⁹³⁾. L'objectif de l'adoption de mesures de coordination vise à garantir l'exercice effectif de la libre circulation des personnes ⁽⁷⁹⁴⁾.

Les règlements de coordination cadrent donc parfaitement avec les objectifs généraux du traité UE, tels qu'ils sont énoncés à l'article 2, à savoir promouvoir un niveau élevé de protection sociale et améliorer le niveau de vie. Dès le début, la Cour de justice a déclaré que les fondements, le cadre et les limites des règlements en matière de sécurité sociale s'inscrivaient dans les articles 48 à 51 (39 à 42) du traité, concernant la garantie de la libre circulation des travailleurs ⁽⁷⁹⁵⁾. Les règlements de coordination doivent dès lors être interprétés à la lumière de la libre circulation des travailleurs. Les intérêts des travailleurs occupent en conséquence une place centrale dans le cadre de coordination. Le règlement se limite toutefois à mettre en place un système de coordination, et non d'harmonisation, des législations des États membres, ce qui

explique pourquoi l'article 51 (désormais 42) conserve des différences entre les systèmes de sécurité sociale des États membres et, donc, dans les droits des personnes travaillant dans les États membres. Il s'ensuit que des différences de fond et de procédure entre les systèmes de sécurité sociale des États membres et, donc, dans les droits des individus y travaillant ne sont pas affectées par l'article 51 (42 désormais) du traité ⁽⁷⁹⁶⁾. En fait, nul ne peut avoir la certitude d'être assuré en vertu de la législation désignée. C'est en effet aux législateurs des États membres de définir les conditions de l'existence du droit ou de l'obligation de s'affilier à un régime de sécurité sociale ou à telle ou telle branche spécifique de pareil régime ou du droit à des prestations ⁽⁷⁹⁷⁾. L'individu concerné ne sera dès lors assuré que s'il réunit les conditions fixées à l'échelle nationale. Comme les systèmes de sécurité sociale sont uniquement coordonnés, le traité CE ne garantit pas à un travailleur que l'extension de ses activités dans plus d'un État membre ou leur transfert dans un autre État membre sera neutre en matière de sécurité sociale. Il en découle que, en principe, un éventuel désavantage par rapport à la situation dans laquelle le travailleur exerce l'ensemble de ses activités dans un seul État membre, consécutif à l'extension de ses activités ou à leur transfert dans un ou plusieurs autres États membres et à son assujettissement à une nouvelle législation de sécurité sociale, n'est pas contraire aux dispositions des articles 48 et 52 du traité (39 et 43 désormais) du traité CE, si cette législation ne désavantage pas le travailleur par rapport à ceux qui exercent la totalité de leurs activités dans l'État membre où elle s'applique [...] ⁽⁷⁹⁸⁾.

Concernant les règles de conflit, la Cour en a systématiquement expliqué les objectifs du point de vue du travailleur: les dispositions du titre II du règle-

⁽⁷⁹³⁾ Considérant 1.

⁽⁷⁹⁴⁾ Considérant 45.

⁽⁷⁹⁵⁾ Affaire C-100/63, Van der Veen, 1964, Rec. p. 565; voir également l'affaire C-242/83, Patteri, 1984, Rec. p. 3171.

⁽⁷⁹⁶⁾ Affaire C-41/84, Pinna, 1986, Rec. p. 1.

⁽⁷⁹⁷⁾ Affaire C-29/88, Schmitt, 1989, Rec. p. 581; affaire C-2/89, Kits van Heijningen, 1990, Rec. p. 755, point 19; affaire 275/96, Kuusijärvi, 1998, Rec. p. 3419, point 29; et affaire C-227/03, Van Pommeren-Bourgon-diën, 2005, point 33.

⁽⁷⁹⁸⁾ Exemples: affaires C-393/99 et C-399/99, Hervillier; affaire Piatkowski, 493/04. Le même principe s'applique en matière de droit fiscal (exemple: affaire 365/02, Lindfors, 2004, Rec. p. 7183).

ment n° 3 et du règlement (CEE) n° 1408/71 qui «déterminent la législation applicable aux travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, tendent à ce que les intéressés soient soumis au régime de sécurité sociale d'un seul État membre, de sorte que les cumuls de législation nationales applicables et les complications qui peuvent en résulter soient évités» ⁽⁷⁹⁹⁾.

La priorité accordée au travailleur dans les objectifs des règlements n'exclut cependant pas que d'autres parties, qui sont impliquées de longue date dans le domaine de la sécurité sociale, jouent aussi un rôle. C'est particulièrement manifeste à propos des règles de conflit. Nous avons déjà expliqué par exemple que la Cour a déclaré que non seulement le travailleur, mais également l'employeur sont soumis à la législation de l'État membre et que le fait que l'employeur aurait moins de cotisations à verser dans l'État où il est installé n'était pas pertinent ⁽⁸⁰⁰⁾.

L'État membre où un travailleur est assuré a donc une influence sur la situation de son employeur. Concernant plus précisément les dispositions en matière de détachement, une pratique également en rapport avec la libre prestation des services et donc, avec l'intérêt de l'employeur, la Cour déclare que l'article 13, paragraphe 1, point a), du règlement n° 3 vise à surmonter les obstacles susceptibles d'entraver la libre circulation des travailleurs et à favoriser l'interpénétration économique, tout en évitant les complications administratives pour les travailleurs, les entreprises et les organismes de sécurité sociale ⁽⁸⁰¹⁾. En conséquence, les règles de conflit ont été adoptées non seulement dans l'intérêt des travailleurs, mais aussi dans celui des employeurs et des organismes de sécurité sociale.

⁽⁷⁹⁹⁾ Exemples: affaire C-60/85, Luitjen, 1986, Rec. p. 2365; affaire C-2/89, Kits van Heijningen, 1990, Rec. p. 755; affaire 196/90, De Paep, 1991, Rec. p. 4815, point 18; affaire C-202/97, Fitzwilliam, 2000, Rec. p. 883, point 20; affaire C-275/96, Kuusijärvi, 1998, Rec. p. 3419, point 28; affaire C-101/83, Brusse, 1984, Rec. p. 2223, point 14.

⁽⁸⁰⁰⁾ Affaire C-8/75, Football Club d'Andlau, 1975, Rec. p. 739.

⁽⁸⁰¹⁾ Affaire C-35/70, Manpower, 1970, Rec. p. 1263, point 10; point confirmé ultérieurement par exemple dans l'affaire C-202/97, Fitzwilliam, 2000, Rec. p. 883, point 28, et l'affaire C-404/98, Plum, 2000, Rec. p. 9379, point 19.

2. L'équilibre entre les intérêts

Lors de l'éventuelle révision du cadre relatif à la législation applicable, il y a donc lieu de ne pas perdre de vue le rôle et l'implication de ces trois parties (le travailleur, l'employeur et l'administration) et de trouver un équilibre entre leurs intérêts. C'est aussi l'idée que le Think Tank on new forms of mobility (trESS) étudie: l'équilibre entre les intérêts de chacun pour déterminer la législation applicable.

Les intérêts de ces trois parties sont toutefois différents, voire opposés dans certains cas ⁽⁸⁰²⁾.

Ce qui importe pour le travailleur, c'est de ne pas assister à un changement dans sa couverture pour se constituer des droits à long terme (surtout en matière de retraite), d'obtenir les prestations les plus élevées possible (ne pas perdre de prestations dans son pays d'origine, en particulier en matière de soins de longue durée et de prestations familiales), de garder la souplesse nécessaire pour que son employeur n'ait pas à choisir un autre travailleur plus facile à gérer et à licencier le travailleur non flexible qui insiste pour obtenir une situation au regard de la sécurité sociale qui serait contraire aux intérêts de l'employeur, de payer les cotisations les moins élevées possible (pour autant qu'elles donnent lieu à des prestations), d'être soumis à la législation du même État membre dans le domaine de la sécurité sociale, de la fiscalité et du droit du travail — ce qui garantirait que tous ses droits différents soient attachés au même lieu, son lieu central.

D'autres intérêts sont importants aux yeux de l'employeur: être soumis uniquement au régime de sécurité sociale de son pays, car c'est le seul qu'il connaît bien, être soumis à la législation du même État membre dans le domaine de la sécurité sociale, de la fiscalité et du droit du travail, ce qui facilite la gestion

⁽⁸⁰²⁾ Voir Y. Jorens (ed.), J. P. Lhernould (ed.), J. C. Fillon, S. Roberts et B. Spiegel, *Think Tank Report 2008, Towards a new framework for applicable legislation. New forms of mobility, coordination principles and rules of conflict, Training and Reporting on European Social Security*, projet DG EMPL/E/3 — VC/2007/0188, Bruxelles, 2008, p. 16-17.

administrative, tirer pleinement parti des avantages du marché libre en termes de compétitivité (les exploiter pour employer la main-d'œuvre la moins chère), à tout le moins s'éviter de payer des cotisations plus élevées que ses concurrents locaux et garder suffisamment de flexibilité pour que les travailleurs (de haut niveau) soient favorables à l'idée de se déplacer (si l'impact négatif sur les travailleurs est trop important, toute activité transfrontalière pourrait être compromise pour l'employeur).

Viennent enfin les intérêts non négligeables des organismes de sécurité sociale. Pour ces organismes, il est important de n'avoir que des cotisants résidant dans l'État membre concerné (les recouvrements à l'étranger de cotisations dues sont fastidieux et prennent du temps), la prise en considération de situations dans d'autres États membres est toujours plus compliquée que celle de situations bien connues au sein de leur État (la notion de «revenu» peut varier selon les États). Il leur faut aussi éviter les litiges avec des organismes d'autres États membres.

Nous sommes donc face à trois groupes d'intérêts différents, souvent opposés.

Si l'on veut tenir compte de ces trois groupes d'intérêts, il y a lieu de répondre à la question de savoir s'il faut les mettre sur un pied d'égalité ou donner la priorité à l'un d'entre eux. Ne faudrait-il pas donner la priorité au travailleur étant donné que le cadre des règlements porte de toute évidence sur la libre circulation des travailleurs? Il en est peut-être ainsi, mais la Cour de justice n'est pas toujours très claire sur ce point. Nous avons déjà évoqué le fait que les principes de la libre prestation des services pouvaient aussi intervenir. Nous avons remarqué, surtout ces dernières années, un intérêt croissant pour les conflits entre la libre prestation des services et la protection sociale des travailleurs ainsi qu'une augmentation des affaires les concernant. Dans ces affaires, la Cour a plutôt pris l'intérêt économique de l'employeur comme point de départ ⁽⁸⁰³⁾ et a

assujéti les droits sociaux à l'exercice de la libre prestation des services à des fins économiques. La lutte contre le dumping social par exemple, un objectif qui est manifestement au cœur de la protection sociale, peut uniquement s'inscrire dans le cadre de la directive 96/71/CE, sur la base de libre prestation des services.

Le rôle de la troisième partie prenante, en l'occurrence les organismes de sécurité sociale, pourrait toutefois revêtir moins d'importance. Selon la Cour, il est clair que l'article 48 (39 désormais) du traité s'oppose à ce qu'un État membre perçoive d'un travailleur ayant transféré en cours d'année sa résidence d'un État membre dans un autre pour y exercer une activité salariée, des cotisations d'assurances sociales plus lourdes que celles qui seraient dues, dans des circonstances analogues, par un travailleur qui aurait conservé pendant toute l'année sa résidence dans l'État membre en question, sans que le premier travailleur bénéficie au demeurant de prestations sociales supplémentaires. La Cour affirme explicitement que des considérations d'ordre administratif ou des difficultés techniques, liées à des méthodes particulières de perception de l'impôt et des cotisations de sécurité sociale, ne sauraient justifier une dérogation, par un État membre, aux règles du droit communautaire ⁽⁸⁰⁴⁾. Cette jurisprudence a été appliquée également dans le cadre de la libre prestation des services ⁽⁸⁰⁵⁾.

Selon cette jurisprudence, la simplification administrative ne peut être invoquée à titre d'intérêt des organismes de sécurité sociale. L'on pourrait dès lors être amené à penser que les intérêts des organismes de sécurité sociale ont de toute évidence moins d'importance que ceux des travailleurs ou des employeurs. Mais est-il possible de trouver une justification plausible à prendre en considération au sujet de l'employeur dans le cas d'un obstacle à la libre circulation des travailleurs?

⁽⁸⁰³⁾ Affaire 341/05, Laval, 2007, Rec. p. 11767; affaire C-438/05, Viking, 2007, Rec. p. 10779.

⁽⁸⁰⁴⁾ Affaire C-18/95, Terhoeve, 1999, Rec. p. 345, point 45.

⁽⁸⁰⁵⁾ Affaire 205/84, Commission/Allemagne, 1986, Rec. p. 3755.

Comme le travailleur est au cœur du règlement, son intérêt ne devrait-il pas être systématiquement prioritaire?

Les intérêts des travailleurs sont-ils vraiment protégés par ces règlements? Qu'entend-on par «intérêts»? Ces questions nous ramènent aux principes fondamentaux qui sous-tendent les règlements: le caractère neutre de la législation applicable, le caractère obligatoire et le principe de l'unicité de la législation applicable, se traduisant aussi dans les concepts de l'effet exclusif et contraignant.

3. Les principes fondamentaux des règles de conflit

a. Le caractère neutre

Comme nous l'avons vu, les règles de conflit servent les intérêts des travailleurs migrants et visent en l'occurrence à garantir leur protection. L'expression «dans l'intérêt du travailleur migrant» doit toutefois être entendue stricto sensu, dans le sens où les travailleurs migrants ne peuvent se retrouver sans protection, ni avoir à la payer deux fois en raison des critères nationaux différents en matière d'assurance. Elle n'implique pas que le travailleur migrant peut prétendre aux prestations les plus élevées. L'important est d'éviter les complications administratives, plutôt que de verser les allocations les plus élevées ou les cotisations les moins élevées ⁽⁸⁰⁶⁾. L'article 17 du règlement (CEE) n° 1408/71 — l'article 16 du règlement (CE) n° 883/2004 — qui autorise les autorités compétentes des États membres à prévoir des exceptions aux règles de conflit dans l'intérêt de certains travailleurs ou de certaines catégories de travailleurs, confirme ce raisonnement. Le terme «intérêt» se rapporte à la détermination de la législation applicable plutôt qu'à l'application de la législation elle-même, c'est-à-dire le montant des prestations et les droits et obligations concrets découlant de l'appli-

cation d'une législation spécifique ⁽⁸⁰⁷⁾. La législation applicable selon l'article 17 remplace les traditionnelles règles de conflit. En soi, tout comme les objectifs fondamentaux qui sous-tendent les règles de conflit, l'article 17 vise à éviter les complications administratives. L'orientation retenue dans l'affaire Bosmann ⁽⁸⁰⁸⁾ récemment portée devant la Cour a été la suivante: si un individu souhaite obtenir une prestation plus élevée, voire une prestation, il dépend de la législation nationale de l'État membre concerné. Les règles de conflit du règlement (CEE) n° 1408/71 n'accordent dès lors pas d'attention particulière aux contenus de la loi applicable et à la meilleure protection possible pour le travailleur.

Il serait tout à fait possible que le travailleur salarié ou indépendant obtienne des prestations sociales plus élevées si une autre législation était appliquée. Les règlements de coordination ne tiennent toutefois pas compte de ce type d'intérêt pour le travailleur. Si des complications administratives sont évitées grâce à l'application de la législation A, même dans l'hypothèse où l'application d'une législation B serait plus avantageuse pour le travailleur, c'est la législation A qui doit être privilégiée selon ce raisonnement.

Le principe de la préférence, connu dans le droit international privé et le droit du travail, n'est pas appliqué dans le domaine de la sécurité sociale. La directive 96/71/CE stipule que l'application de la législation du pays où est exercé l'emploi temporaire ne doit pas empêcher l'application de conditions de travail et d'emploi plus favorables aux travailleurs ⁽⁸⁰⁹⁾. Le même principe se retrouve dans la convention de Rome et dans le règlement «Rome I» ⁽⁸¹⁰⁾, dans le domaine du droit international privé. Avec ce principe de la préférence, le contenu de la loi revêt de l'importance et le meilleur

⁽⁸⁰⁶⁾ Affaire C-60/85, Luijten, 1986, Rec. p. 2365; affaire C-202/97, Fitzwilliam, 2000, Rec. p. 883; affaire C-404/98, Plum, 2000, Rec. p. 9379.

⁽⁸⁰⁷⁾ Y. Jorens, *Wegwijs in het Europees sociale zekerheidsrecht*, Bruges, Die Keure, 1992, p. 78. Voir également le point de vue de la Commission européenne dans l'affaire C-101/83, Brusse, 1984, Rec. p. 2223.

⁽⁸⁰⁸⁾ Affaire C-352/06, Bosmann, 2008, Rec. p. 3827.

⁽⁸⁰⁹⁾ Article 3, paragraphe 7, de la directive 96/71/CE relative au détachement de travailleurs.

⁽⁸¹⁰⁾ Article 6 de la convention de Rome et article 8 du règlement «Rome I».

système — c'est-à-dire celui offrant la plus grande protection — est prioritaire.

Ce qui n'est assurément pas le cas dans le domaine de la sécurité sociale.

Cette priorité accordée au fait d'éviter les complications administratives est-elle systématiquement conforme au principe de la libre circulation des travailleurs? Qu'un travailleur n'ait pas la garantie des prestations les plus élevées possible à cause d'un choix de règles de conflit opéré en vertu du règlement ne constitue-t-il pas un obstacle à la libre circulation?

Ou le législateur européen est-il imperméable à de tels arguments, dans la mesure où décider quelles règles sont conformes au traité UE est de son propre ressort? Il est vrai que la Cour de justice a observé que le Conseil disposait d'un large pouvoir d'appréciation quant aux choix des mesures les plus appropriées pour atteindre le résultat visé à l'article 51 du traité (article 42 désormais) et qu'il restait libre de s'écarter, du moins pour partie, des techniques actuellement prévues par le règlement (CEE) n° 1408/71 ⁽⁸¹¹⁾. Ce large pouvoir d'appréciation devrait garantir que les règles de conflit actuelles sont conformes au principe de la proportionnalité. Par conséquent, le contrôle juridictionnel de l'exercice d'une telle compétence doit se limiter à examiner s'il n'est pas entaché d'une erreur manifeste ou de détournement de pouvoir, ou si l'institution concernée n'a pas manifestement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation ⁽⁸¹²⁾.

À la lumière des objectifs fondamentaux des règlements de coordination concernant la libre circulation des personnes, est-ce en conformité avec le principe de proportionnalité que des prestations plus nombreuses et plus élevées sont sacrifiées sur l'autel de la réduction des complications administratives? Le doute est permis.

Les règles de conflit actuelles passent-elles ce test même si seul l'argument de la réduction des complications administratives est pris en considération? Prenons l'exemple de travailleurs très mobiles qui doivent changer de législation à chaque nouvel emploi. Le fait de ne pas garantir la continuité de la législation applicable constituerait un obstacle supplémentaire ⁽⁸¹³⁾. On ne peut assurément pas ignorer que ce type de situation est propre à accroître les complications administratives, ce qui va à l'encontre des objectifs des règles de conflit. En particulier, si le législateur européen avait délibérément choisi de soumettre d'autres catégories de personnes à une autre règle de conflit, ces travailleurs très mobiles ne pourraient-ils invoquer le fait que l'application de cette règle de conflit se traduirait par une réduction des complications administratives et serait donc plus en conformité avec les principes de la libre circulation des personnes?

Ne pourrait-on franchir une étape supplémentaire à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice présentée ci-dessus, dans laquelle la Cour déclare sans détour que la conformité avec la libre circulation des personnes doit être prise en compte, non de manière abstraite, mais en fonction de la situation particulière du travailleur? Cela ne pourrait-il pas conduire à une analyse plus personnelle de l'adéquation de la règle de conflit? La *lex loci laboris* a été retenue, car elle s'inscrit clairement dans la perspective de la fonction d'intégration du marché, qui permet au travailleur d'être soumis à la législation de l'État auquel il est le plus attaché. Il serait tout à fait possible que dans une situation plus concrète, le travailleur réussisse à prouver qu'il est plus attaché à un autre pays. Ne pourrait-on invoquer le fait que dans de telles situations une autre règle de rattachement ou de conflit soit utilisée dans la mesure où elle serait plus favorable aux intérêts des travailleurs?

⁽⁸¹¹⁾ Affaire C-443/93, Vougioukas, 1995, Rec. p. 4033, point 35.

⁽⁸¹²⁾ Affaire C-242/99, Vogler, 2000, Rec. p. 9083.

⁽⁸¹³⁾ Voir Y. Jorens (ed.), J. P. Lhernould (ed.), J. C. Fillon, S. Roberts et B. Spiegel, *Think Tank Report 2008, Towards a new framework for applicable legislation. New forms of mobility, coordination principles and rules of conflict, Training and Reporting on European Social Security*, projet DG EMPL/E/3 — VC/2007/0188, Bruxelles, 2008, p. 23.

b. Le caractère obligatoire des règles de conflit

Contrairement au droit du travail et au droit international privé, les règlements en matière de sécurité sociale ne prévoient pas la possibilité de choisir librement la législation à laquelle on est assujéti ⁽⁸¹⁴⁾. Comme la sécurité sociale relève du domaine public et de l'ordre public, les parties ne peuvent s'écarter de ces principes généraux. Cela ne peut toutefois pas exclure que des parties influent, du moins indirectement, sur le choix de la législation applicable en raison de certaines caractéristiques d'une situation spécifique, par exemple le lieu de résidence, le lieu d'établissement de l'employeur, le lieu de travail, etc. ⁽⁸¹⁵⁾.

Les règles de conflit sont donc de nature obligatoire. Ce qui est conforme également aux régimes nationaux de sécurité sociale, selon lesquels le principe de solidarité nécessite que la personne concernée soit soumise à la législation applicable. Selon les dispositions du règlement, l'application de la législation nationale est déterminée en fonction de critères dégagés par les règles du droit communautaire. Bien qu'il appartienne à la législation de chaque État membre de déterminer les conditions du droit ou de l'obligation de s'affilier à un régime de sécurité sociale ou à telle ou telle branche de pareil régime, il convient de souligner que les États membres ne disposent pas pour autant de la faculté

de déterminer dans quelle mesure est applicable leur propre législation, ou celle d'un autre État membre ⁽⁸¹⁶⁾. L'application des dispositions des règlements dépend donc des circonstances et conditions objectives dans lesquelles se trouve le travailleur migrant, lequel n'a pas de libre choix ⁽⁸¹⁷⁾. Les dispositions du titre II forment un système de règles de conflit dont le caractère complet a pour effet de soustraire au législateur de chaque État membre le pouvoir de détermination de l'étendue et des conditions de sa législation nationale. Les États membres ne disposent pas de la faculté de déterminer dans quelle mesure est applicable leur propre législation ou celle d'un autre État membre, étant tenus de respecter les dispositions du droit communautaire en vigueur ⁽⁸¹⁸⁾. Les règles de conflit sont obligatoirement applicables et la faculté de choix ne peut être exercée que si elle est explicitement prévue ⁽⁸¹⁹⁾. Dans l'affaire *Miethe* sur les allocations de chômage, la Cour indique explicitement que l'article 71, paragraphe a, point a), ii), du règlement (CEE) n° 1408/71 doit être interprété en ce sens qu'un travailleur frontalier en chômage complet relevant du changement d'application de ces dispositions peut exclusivement prétendre aux prestations de l'État membre de résidence, alors même qu'il remplirait les conditions exigées par la législation de l'État membre du dernier emploi pour l'octroi d'un droit à prestations.

La législation applicable est donc dérivée objectivement des règles de conflit du règlement, compte tenu des facteurs rattachant la situation particulière à la législation de l'État membre.

Il est d'usage de considérer que la faculté de choix est exclue, car on estime que le travailleur, en tant que partie plus faible, n'est pas dans une position qui lui permet de résister à la pression de l'employeur qui est censé préférer le pays où les cotisa-

⁽⁸¹⁴⁾ Fait exception à la règle, le libre choix laissé au personnel des missions diplomatiques et des postes consulaires à l'article 16 du règlement (CEE) n° 1408/71. Ce libre choix est donné également aux agents auxiliaires des Communautés européennes dans le règlement (CE) n° 883/2004 (article 15). Voir également l'affaire C-60/93, *Aldewereld*, 1994, Rec. p. 2991, concernant la situation d'un individu résidant dans un État membre, salarié d'une entreprise d'un autre État membre et exerçant exclusivement ses activités dans un pays tiers. La faculté de laisser à la personne concernée le choix de la législation applicable, en l'absence de règles de conflit spécifiques à cette situation dans le règlement, a été rejetée par la Cour, parce que ce droit est explicitement réservé au personnel des missions diplomatiques et que la situation de la personne concernée n'a rien de comparable.

⁽⁸¹⁵⁾ Dans le cadre du règlement (CEE) n° 1408/71 en vigueur, il est établi qu'en pratique, ce choix peut être influencé par des éléments factuels indirects, en particulier lorsque des activités sont exercées dans deux États membres, dont l'un est le lieu de résidence. Si un individu travaille à domicile, même pendant une période relativement courte d'une semaine, il peut être soumis à la législation de l'État de résidence et de l'État d'emploi. Dans le cadre du nouveau règlement (CE) n° 883/2004, cet «arrangement intentionnel» qui permet d'être assujéti à la législation de l'État de résidence devrait devenir moins fréquent, étant donné que les individus doivent exercer une partie substantielle de leur activité dans leur État de résidence.

⁽⁸¹⁶⁾ Affaire C-276/81, *Kuijpers*, 1982, Rec. p. 3027, point 14; affaire C-110/79, *Coonan/Insurance Officer*, 1980, Rec. p. 1445.

⁽⁸¹⁷⁾ Voir par exemple l'affaire C-12/67, *Guisart*, 1967, Rec. p. 536.

⁽⁸¹⁸⁾ Affaire C-302/84, *ten Holder*, 1986, Rec. p. 1821, point 21.

⁽⁸¹⁹⁾ Voir par exemple l'affaire C-1/85, *Miethe*, 1986, Rec. p. 1837, point 12.

tions sont les moins élevées. Mais est-ce vrai? Aujourd'hui, de surcroît, les règles de conflit visent uniquement à éviter les complications administratives et n'excluent pas l'application de la législation du pays où les cotisations sont les moins élevées et, par voie de conséquence, où les prestations auxquelles le travailleur concerné peut prétendre sont les moins élevées — même en l'absence de relation directe.

La faculté de libre choix est un principe fondamental de la détermination du droit du travail applicable en droit privé international ⁽⁸²⁰⁾. Toutefois, ce principe fondamental de la liberté de choix est dans une grande mesure mis à mal par des mesures censées protéger le travailleur. En premier lieu, le fait que les parties ont choisi une loi particulière n'affecterait pas, si tous les autres éléments pertinents pour la situation au moment du choix concernent un seul pays, l'application des règles de la législation de ce pays. En second lieu, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix, sur la base de critères objectifs ⁽⁸²¹⁾. L'application d'un principe de protection et d'un principe de préférence pour le travailleur implique donc que le principe de libre choix est très limité. Si la liberté de choix était accordée dans le domaine de la législation en matière de sécurité sociale, on pourrait par exemple envisager l'adoption, à titre de garantie, d'une règle de conflit selon laquelle le «libre» choix ne pourrait empêcher l'application de la protection sociale du pays auquel le travailleur concerné est le plus attaché. Cela ne résoudrait toutefois pas le problème, puisqu'il faudrait ensuite déterminer le pays auquel le travailleur est le plus attaché. Sera-ce le pays où les prestations sont les plus élevées? Ou, dans le cas par exemple d'un travailleur qui travaille dans l'État membre A et réside dans l'État membre B où est établi son employeur, ne peut-on considérer que

c'est l'État membre B auquel il est le plus attaché ⁽⁸²²⁾?

En règle générale toutefois, accorder la liberté de choix dans le domaine de la sécurité sociale n'est pas à recommander, non seulement à cause de la forte probabilité que l'employeur choisisse effectivement le pays où les cotisations sont les moins élevées, mais aussi parce cela irait à l'encontre de l'application objective obligatoire de la législation en matière de sécurité sociale et pourrait également compromettre la solidarité financière générale d'un système de sécurité sociale, ce qui pourrait ouvrir la voie à des abus.

D'une façon ou d'une autre, l'application d'un accord au titre de l'article 17 — article 16 du règlement (CE) n° 883/2004 — peut être considérée comme la possibilité plus ou moins grande de choisir entre certains systèmes, même si la liberté de choix est plutôt accordée aux administrations.

c. Le principe de l'unicité et l'impact contraignant des règles de conflit

L'effet exclusif des règles de conflit reflète l'unique législation applicable. La question fondamentale est de savoir si les règles de conflit permettent d'exclure dans chaque situation l'application d'une autre législation que celle déterminée par les dispositions du règlement sans aller à l'encontre des articles 39 et 42 du traité, ni s'y opposer. Ce débat n'est pas nouveau. Il semble que la Cour européenne de justice «alterne» les points de vue à ce sujet.

Dans les premiers temps en effet, la Cour estimait que les règlements n'interdisaient pas l'application de la législation d'un État membre autre que celui désigné par les règles de conflit, sauf si elle plaçait le travailleur dans l'obligation de contribuer au finan-

⁽⁸²⁰⁾ Article 3 de la Convention de Rome et article 3 du règlement «Rome I».

⁽⁸²¹⁾ Article 6 de la Convention de Rome et article 8 du règlement (CE) n° 593/2008 (Rome I).

⁽⁸²²⁾ Voir Y. Jorens (ed.), J. P. Lhernould (ed.), J. C. Fillon, S. Roberts et B. Spiegel, *Think Tank Report 2008, Towards a new framework for applicable legislation. New forms of mobility, coordination principles and rules of conflict, Training and Reporting on European Social Security*, projet DG EMPL/E/3 — VC/2007/0188, Bruxelles, 2008, p. 25.

cement d'un organisme de sécurité sociale dans l'incapacité de lui fournir des avantages supplémentaires ⁽⁸²³⁾. Par la suite en revanche, la Cour déclare que «les dispositions de ce titre II forment un système de règles de conflit dont le caractère a comme effet de soustraire au législateur de chaque État membre le pouvoir de détermination de l'étendue et des conditions d'application de sa législation nationale, quant aux personnes qui y sont soumises et le territoire à l'intérieur duquel les dispositions nationales produisent leurs effets. [...] les États membres ne disposent pas de la faculté de déterminer dans quelle mesure est applicable leur propre législation ou celle d'un autre État membre, étant tenus de respecter les dispositions du droit communautaire en vigueur» ⁽⁸²⁴⁾. Il est important de souligner que la Cour ajoute dans cette affaire que «cette règle n'est pas en contradiction avec [sa] jurisprudence [...] (voir, notamment, arrêt [...] Petroni [...]) selon laquelle l'application du règlement n° 1408/71 ne peut entraîner la perte de droits acquis exclusivement en application d'une législation nationale. Ce principe concerne en effet non les règles visant à déterminer la législation applicable, mais les règles communautaires visant le cumul de prestations prévues par différentes législations nationales applicables. Il ne saurait donc avoir pour effet, en contradiction avec l'article 13, paragraphe 1, [...] du règlement n° 1408/71, de soumettre l'intéressé pour une même période à l'assurance en vertu des dispositions des législations de plusieurs États membres, indépendamment des obligations de cotiser, ou autres charges qui en découlent éventuellement pour l'intéressé» ⁽⁸²⁵⁾. L'application simultanée de deux législations nationales ne serait donc pas possible. Par ailleurs, la Commission a déclaré dans cette affaire que le principe d'inviolabilité des droits nationaux acquis (le fameux principe Petroni) ⁽⁸²⁶⁾ pouvait uniquement s'appliquer aux règles de fond du régime de coordination, et non aux règles de conflit.

Cela semble inclure le fait qu'un travailleur pourrait perdre, à cause des règles de conflit, un niveau supérieur de prestation dans un autre État membre. Cela n'a rien de vraiment surprenant, sachant que nous avons constaté que pour la Cour de justice, l'intérêt du travailleur est déterminé par le fait d'éviter et de limiter les complications administratives, plutôt que par la garantie d'un niveau élevé de prestation.

D'une part, l'application du système national de sécurité sociale seul et en combinaison avec le droit européen en matière de sécurité sociale n'est donc pas possible à cet égard. D'autre part, concernant en particulier les allocations familiales, la Cour a déjà déclaré que le but de l'article 51 (42) ne serait pas atteint si les travailleurs devaient perdre des avantages de sécurité sociale que leur assure, en tout état de cause, la seule législation d'un État membre. Les règlements ont laissé subsister des régimes distincts, engendrant des créances distinctes, à l'égard d'institutions distinctes contre lesquelles le prestataire possède des droits directs, soit du seul droit interne, soit du droit interne complété si nécessaire par le droit communautaire relatif à la levée des conditions de résidence ⁽⁸²⁷⁾.

Ce débat a été relancé, comme nous l'avons vu ci-dessus, avec l'affaire Bosmann. Bien que la Cour commence par confirmer le principe d'unicité — en vertu de l'article 13, paragraphe 2, point a), du règlement (CEE) n° 1408/71, la personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un État membre est soumis à la législation de cet État, même si elle réside sur le territoire d'un autre État membre. La détermination de la législation d'un État membre en tant que législation applicable à un travailleur en vertu de cette disposition a pour effet que seule la législation de cet État membre lui est applicable —, elle ajoute que l'application de cet article ne s'oppose pas à ce qu'un travailleur migrant, qui est soumis au régime de sécurité

⁽⁸²³⁾ Affaire C-92/63, Nonnenmacher, 1964, Rec. p. 585.

⁽⁸²⁴⁾ Affaire C-302/84, ten Holder, 1986, Rec. p. 1821, point 21.

⁽⁸²⁵⁾ Affaire C-302/84, ten Holder, 1986, Rec. p. 1821, point 22.

⁽⁸²⁶⁾ Affaire C-24/75, Petroni, 1975, Rec. p. 1149, points 21 et 22. Le règlement ne peut avoir pour effet de réduire des droits nationaux acquis.

⁽⁸²⁷⁾ Affaire C-807/79, Gravina, 1980, 2205, points 6 et 7, confirmés dans de nombreuses autres affaires.

sociale de l'État membre d'emploi, perçoive, en application d'une législation nationale de l'État membre de résidence, des prestations familiales dans ce dernier État.

Peut-on dire que l'affaire Bosmann étend uniquement le principe bien connu d'une application cumulée des prestations familiales, eu égard à une spécificité de l'affaire, en l'occurrence le fait que l'État compétent, contrairement à la jurisprudence sur le cumul des prestations, ne prévoit pas de prestations familiales. La question fondamentale est de savoir si le législateur national peut refuser l'application de son droit national ou s'il est tenu de l'appliquer. Il semble difficile qu'il puisse refuser. Le seul argument qui pourrait être avancé est que ce serait contraire au règlement que le droit national s'applique aussi. Les autorités allemandes pourraient introduire dans leur droit national une disposition stipulant que les prestations familiales sont prévues pour toutes les personnes résidant sur le territoire national, à l'exclusion des personnes assujetties à une autre législation européenne en vertu des règles de coordination du règlement. Toutefois, cette disposition serait probablement considérée comme une forme typique de discrimination indirecte sur la base de la nationalité. L'option ouverte par la Cour de justice deviendrait dès lors une obligation ⁽⁸²⁸⁾.

L'arrêt Bosmann peut-il se limiter aux situations dans lesquelles l'État compétent ne prévoit pas le versement de prestations familiales, les travailleurs migrants pouvant désormais espérer obtenir ces prestations de la part de l'État non compétent? Compte tenu de l'arrêt de la Cour, le règlement (CEE) n° 1408/71 «doit être interprété à la lumière de l'article 42» du traité CE. «L'objectif poursuivi par cette dernière disposition, qui vise à faciliter la libre circulation des travailleurs, implique notamment que les travailleurs migrants ne doivent ni

perdre des droits à des prestations de sécurité sociale ni subir une réduction du montant de celles-ci en raison du fait qu'ils ont exercé le droit à la libre circulation que leur confère le traité CE» (paragraphe 29), ce qui ne limite semble-t-il pas le raisonnement aux prestations familiales ⁽⁸²⁹⁾. Ce raisonnement général de la Cour justifie notre thèse selon laquelle l'application de la législation de l'État de résidence ne se limite pas aux prestations familiales et peut être étendue à toutes les autres prestations. Une personne travaillant dans un État membre et résidant dans un autre pourrait donc prétendre à une couverture médicale dans son État de résidence si la législation de son État d'emploi n'en prévoit pas.

La Cour européenne de justice semble appliquer dans ce cas le principe Petroni aux règles de conflit. Les règlements de coordination s'inscrivent dans le cadre de la libre circulation des travailleurs, et tout obstacle à ce principe est interdit. L'application du règlement, qui pourrait engendrer une situation dans laquelle une personne serait privée des droits et prestations prévus dans la législation nationale — à laquelle elle serait assujettie pour n'avoir pas invoqué les principes du règlement — serait en contradiction avec ce principe fondamental. Les droits nationaux à prestations doivent dès lors être systématiquement pris en considération. Le principe selon lequel une personne ne peut être privée de droits nationaux acquis impose à l'État membre qui n'est pas désigné en vertu des règles de conflit, mais dont la personne relève, de lui accorder les droits et de lui verser les prestations auxquelles elle peut prétendre. Il y a lieu d'entreprendre la comparaison des prestations obtenues sur la base de la législation désignée en vertu des règles de conflit et des prestations prévues en droit national, pour placer le cas échéant l'État (non compétent) dans l'obligation de verser la différence. Cela n'implique certainement pas que les règles de conflit s'en trouveraient dénuées de sens.

⁽⁸²⁸⁾ Voir Y. Jorens (ed.), J. P. Lhernould (ed.), J. C. Fillon, S. Roberts et B. Spiegel, *Think Tank Report 2008, Towards a new framework for applicable legislation. New forms of mobility, coordination principles and rules of conflict, Training and Reporting on European Social Security*, projet DG EMPL/E/3 — VC/2007/0188, Bruxelles, 2008, p. 26.

⁽⁸²⁹⁾ Affaire C-205/05, *Nemec*, 2006, Rec. p. 10745, point 29.

Cette thèse s'inscrit dans le droit fil de la jurisprudence de la Cour de justice dans le cadre de la libre circulation des travailleurs et de la libre prestation des services. En matière de soins de santé également, la Cour a déclaré dans l'affaire Vanbraekel que les frais à rembourser en raison de la libre prestation des services ne pouvaient être inférieurs à ceux prévus par le droit national ⁽⁸³⁰⁾.

Les implications de cas telles que l'affaire Bosmann et l'affaire Nemec montrent que le niveau des prestations doit également être pris en considération et, de ce fait, renforcent l'intérêt des travailleurs. Le principe de la préférence, tel qu'il est appliqué dans le droit international du travail, pourrait avoir trouvé une voie d'entrée dans la législation sur la sécurité sociale. Cela s'applique à toutes les branches de la sécurité sociale. Cela pourrait apporter un nouvel éclairage à la philosophie actuelle des règles de conflit et inciter à les considérer à nouveau directement dans la perspective du traité UE.

IV. REMARQUES DE CONCLUSION

Cinquante ans après l'adoption des premiers règlements européens de coordination, l'évolution des flux migratoires et l'applicabilité directe croissante des principes fondamentaux du droit communautaire ont conduit à une situation dans laquelle une nouvelle série de règles de conflit pourrait être envisagée. Ces règles ne doivent pas subir qu'une simple révision cosmétique; il convient de revenir sur les principes fondamentaux qui les sous-tendent, en l'occurrence le principe de neutralité, le caractère obligatoire et le principe d'unicité de la législation applicable. Une fois adaptés, certains de ces principes serviraient probablement mieux les intérêts des travailleurs et seraient davantage en conformité avec la libre circulation des travailleurs. Le moment est venu d'évaluer les règles de conflit actuelles et de les mettre à l'épreuve de l'équilibre entre les intérêts!

⁽⁸³⁰⁾ Affaire C-368/98, Vanbraekel, 2001, Rec. p. 5363.

COORDINATION DES NOUVELLES PRESTATIONS

Bernhard Spiegel

*Ministère fédéral autrichien des affaires sociales
et de la protection des consommateurs*

Chef de département au ministère fédéral autrichien des affaires sociales et de la protection des consommateurs

- Né le 18 avril 1959
- Études de droit à l'université de Vienne
- Fonctionnaire au ministère des affaires sociales depuis 1982
- Chef de service depuis 1997
- Responsable du règlement (CEE) n° 1408/71 depuis l'adhésion de l'Autriche à l'Union européenne, négociateur de l'adhésion de l'Autriche, membre de la Commission administrative et du Comité consultatif sur les travailleurs migrants, représentant autrichien au groupe «Questions sociales» du Conseil en matière sécurité sociale des travailleurs migrants, il est habitué à coopérer avec d'autres États membres en raison de différents projets Phare/TAIEX et de négociations bilatérales.
- Responsable des accords bilatéraux conclus par l'Autriche avec d'autres pays ou organisations internationales dans le domaine de la sécurité sociale.
- Responsable d'affaires de la CJCE dans le domaine de la sécurité sociale et de la conformité de la législation nationale avec le droit européen.
- Président du groupe de travail [placé sous la supervision de la Commission administrative pour préparer l'échange de données électronique entre les États membres dans la mise en œuvre du règlement (CE) n° 883/2004].
- Président du groupe de travail du CPS sur les SSIG (services sociaux d'intérêt général)
- Membre du trESS (groupe de réflexion et formateur invité)
- Orateur à des conférences internationales relatives à la sécurité sociale, à des conférences sur la réglementation européenne dans le domaine de la sécurité sociale pour les employeurs autrichiens, auteur d'articles sur les questions de sécurité sociale à l'échelle internationale (*).



I. INTRODUCTION

A. Qu'entend-on par «nouvelle prestation»?

L'apparition de nouvelles prestations de sécurité sociale représente toujours un défi pour l'ensemble

des acteurs de la scène européenne ⁽⁸³¹⁾. Tout d'abord, il apparaît évident que l'Europe n'a aucune

⁽⁸³¹⁾ Dans la suite de cet exposé, je m'attacherai aux conséquences de l'apparition de nouvelles prestations dans le cadre de la coordination des systèmes de sécurité sociale. De toute évidence, ce phénomène peut également exercer une incidence dans d'autres domaines du droit social européen, comme les directives relatives à l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes, par exemple; le retard accusé par ces directives, par rapport à l'évolution du droit social dans les États membres, peut déjà s'observer dans l'arrêt de la CJCE dans l'affaire C-77/95, Züchner, 1996, Rec. p. I-5689, où la CJCE a été contrainte de déclarer inapplicable la directive 79/7/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, JO 1979, L 6, p. 24, pour les personnes qui se consacrent à l'éducation d'enfants ou à la prise en charge de membres de leurs familles malades, bien que ces groupes de personnes soient de plus en plus assimilés à des personnes actives par les législations nationales.

(*) Cette contribution a été traduite à partir de la version allemande originale.

possibilité de jouer un rôle dans l'apparition de nouvelles prestations ⁽⁸³²⁾. Les États membres établissent leur situation juridique de manière autonome afin de prendre en considération les défis sociaux, économiques et politiques. De par les conditions de base fortement équivalentes présentes dans les États membres (comme la situation démographique), de nombreux États membres connaissent des évolutions similaires qui entraînent presque simultanément l'apparition de nouvelles prestations ⁽⁸³³⁾. Du point de vue européen, les nouvelles prestations sont avant tout intéressantes en ce sens où elles apparaissent dans plusieurs États membres, étant donné qu'un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) rendu pour l'un de ces États est susceptible d'exercer un effet dans les autres États concernés.

L'objectif visé consiste ici à examiner plus en détail la coordination de ces nouvelles prestations. Naturellement, il est impossible d'étudier en détail toutes les nouvelles catégories de prestations ⁽⁸³⁴⁾.

Dès lors, je me limiterai à quelques prestations que je juge particulièrement appropriées aux fins de la démonstration.

De par l'apparition de nouvelles prestations, les acteurs de la scène européenne sont en compétition permanente. Le législateur parvient-il à agir en premier? En raison de la complexité du processus de prise de décision, la Commission doit d'abord déposer un projet, sur lequel doivent ensuite se prononcer le Conseil et le Parlement ⁽⁸³⁵⁾. Ou la CJCE est-elle en première ligne? Très souvent, la CJCE arrive en tête, car le législateur ne parvient tout simplement pas à décider à l'unanimité des actes juridiques nécessaires. Dans ce cas, la CJCE est toujours assurée de se trouver sous le feu des critiques. Dès lors, j'analyserai cette compétition plus en détail dans la suite de cet exposé et j'examinerai si les critiques adressées aux différents arrêts ⁽⁸³⁶⁾ de la CJCE sont réellement justifiées si l'on analyse plus en profondeur le rôle des deux «compétiteurs».

B. Cadre juridique

La coordination des systèmes de sécurité sociale est actuellement régie par le règlement (CEE) n° 1408/71. Ce règlement sera probablement remplacé au cours des premiers mois de l'année 2010 ⁽⁸³⁷⁾ par le règlement (CE) n° 883/2004, qui repose certes sur les mêmes lignes directrices, en principe, mais contient tout de même plusieurs nouveautés. Nous nous attacherons dès lors à ces deux instruments que je qualifierai par la suite de «règlements de coordination». Au préalable, il importe toutefois de souligner que ces deux instruments traitent uniquement des régimes légaux de

⁽⁸³²⁾ L'aménagement de la politique sociale nationale, au même titre que la décision quant au perfectionnement des systèmes nationaux de sécurité sociale, demeurent dans le champ de compétences des États membres (C-158/96, Kohll, 1998, Rec. p. I-1931).

⁽⁸³³⁾ Reste à savoir si la collaboration des États membres également introduite sur le plan politique depuis l'année 2000 («processus de Lisbonne») via la «Méthode ouverte de coordination» contribue ou contribuera à l'avenir à l'évolution parallèle des processus de réforme dans les États membres.

⁽⁸³⁴⁾ Toutefois, nous devons garder à l'esprit qu'il existe également des différences d'interprétation quant à la nature effective de ces «nouvelles prestations». K. Alaviukhola, «Co-ordination of «New» Benefits», *Co-ordinating work-based and residence-based social security*, publié par R. Langer et M. Saksliin, Helsinki, Publications of the Faculty of Law University of Helsinki, 2004, p. 173, met l'accent sur les nouvelles prestations familiales. En ce qui concerne la question du changement des systèmes européens de sécurité sociale, en particulier à l'égard de la privatisation des risques et les conséquences y afférentes pour la coordination telle que prévue dans le règlement (CEE) n° 1408/71, voir «Meeting the Challenge of Change» publié par la Sociale Verzekeringsbank néerlandaise, qui constitue un recueil des contributions apportées lors de la conférence des 30 et 31 octobre 1997 à Noordwijk aan Zee. G. IGL considère surtout les prestations familiales et les prestations de soins comme les nouvelles formes de prestations les plus problématiques dans «Co-ordination and New Forms of Social Protection» dans *25 Years of Regulation (EEC) No. 1408/71 on Social Security for Migrant Workers*, publié par le Swedish National Social Insurance Board, Stockholm, 1997. Toutefois, cette étude concernait encore la situation antérieure aux clarifications apportées par la CJCE dans les affaires C-160/96, Molenaar, 1998, Rec. p. I-843, concernant les prestations de soins ou C-245/94 et C-312/94, Hoeber et Zachow, 1996, Rec. p. I-4895; dans ces arrêts, la CJCE a considéré de manière explicite les prestations d'éducation comme des prestations familiales au sens du règlement (CEE) n° 1408/71. L'*European Report 2008* du réseau trESS (disponible sous <http://www.tress-network.org>) propose une bonne vue d'ensemble des problèmes qui résultent de l'apparition de nouveaux systèmes de prestations.

⁽⁸³⁵⁾ Pour les actes juridiques relatifs à la sécurité sociale des travailleurs migrants, le Conseil doit statuer à l'unanimité dans la procédure de codécision avec le Parlement européen (article 42 du traité CE).

⁽⁸³⁶⁾ Naturellement, les arrêts de la CJCE sont toujours une source appréciée de science et d'enseignement. Certains arrêts ont fait l'objet de critiques particulièrement acerbes. À l'image de l'arrêt rendu dans les affaires C-245/94 et C-312/94, Hoeber et Zachow, 1996, Rec. p. I-4895, notamment critiqué par E. Eichenhofer, «Deutsches Erziehungsgeld und Europäisches Sozialrecht», *SGB* 10/97, p. 449 et suivantes.

⁽⁸³⁷⁾ Le 1^{er} mars 2010 selon les prévisions actuelles.

sécurité sociale ⁽⁸³⁸⁾. C'est pourquoi nous nous intéresserons en priorité aux nouvelles prestations légales de sécurité sociale, sans pour autant passer sous silence les domaines étrangers à la sécurité sociale légale.

D'une part, soulignons la persistance de problèmes de classification au titre de l'aide sociale ⁽⁸³⁹⁾, étant donné la frontière floue entre la sécurité sociale et l'aide sociale dans presque tous les États membres. Naturellement, la CJCE a déjà clarifié la situation depuis longtemps, en ce sens où elle classe au titre de la sécurité sociale toutes les prestations qui ne reposent pas sur l'évaluation des cas individuels et qui confèrent un droit légalement défini ⁽⁸⁴⁰⁾. Toutefois, la méthodologie nationale des États membres repose souvent sur d'autres critères de distinction, sans compter que l'on franchit souvent le Rubicon entre prestations de sécurité sociale et d'aide sociale dans le cadre du réaménagement des droits sociaux, sans que les États membres concernés n'en soient conscients. Dans la mesure où les États membres concernés ne parviennent pas à faire reconnaître ces prestations aussi vite que possible au titre de «prestations spéciales en espèces à caractère non contributif», ce qui est uniquement possible en accord avec la Commission et tous les autres États membres ⁽⁸⁴¹⁾, ils sont automatiquement menacés de l'obligation d'exporter les prestations dans les autres États membres. Il s'agit indubitablement du pire danger auquel est exposée cette catégorie de prestations, parmi toutes les conséquences des règlements de coordination.

Toutefois, la frontière entre les systèmes légaux et les régimes régis par les conventions collectives ou le droit privé est également floue. Ces derniers se situent également hors du champ d'application des

règles de coordination. En l'espèce, il apparaît que, selon les particularités de la situation juridique nationale rencontrée, des systèmes tout à fait comparables relèvent dans certains cas de ces règlements du point de vue de la politique sociale, et dans d'autres non. Citons à titre d'exemple la souscription d'une assurance auprès d'institutions d'assurance maladie de droit privé. Si cette assurance repose sur une obligation légale et si le législateur a également imposé plusieurs normes de qualité minimales aux assurances privées, ce système relève en tout cas du champ d'application des règlements de coordination (comme en témoigne l'assurance maladie obligatoire en Suisse). Toutefois, si le législateur national prévoit uniquement que certaines personnes sont exonérées d'assurance et les laisse décider comment s'assurer contre les différents risques de la sécurité sociale, une telle assurance ne relève pas des règlements de coordination, même si l'assurance est souscrite auprès de la même assurance privée que celle active dans le cadre de l'obligation suisse (citons à titre d'exemple la liberté d'assurance de certains groupes de personnes en vertu de la législation allemande) ⁽⁸⁴²⁾. Le même phénomène touche également les systèmes de retraite des deuxième ou troisième piliers.

Comme indiqué précédemment, nous aborderons plus en détail quelques-unes des nouvelles prestations dans la suite de cet exposé. Je tiens d'abord à mettre l'accent sur les prestations de dépendance, car elles constituent un exemple révélateur de tous les aspects et problèmes liés aux nouvelles catégories de prestations. J'analyserai ensuite les nouveaux systèmes dans le domaine de l'assurance retraite, comme les régimes de capitalisation ou régimes de comptes de retraite et, pour terminer, certains aspects supplémentaires des prestations d'éducation, qui peuvent également être considérées comme une nouvelle catégorie de prestations.

⁽⁸³⁸⁾ Article 1^{er}, point j), du règlement (CEE) n° 1408/71 et article 1^{er}, point l), du règlement (CE) n° 883/2004.

⁽⁸³⁹⁾ L'aide sociale est exclue du champ d'application concret de ces instruments en vertu de l'article 4, paragraphe 4, du règlement (CEE) n° 1408/71 ou de l'article 3, paragraphe 5, du règlement (CE) n° 883/2004.

⁽⁸⁴⁰⁾ Voir notamment C-24/74, Bionso, 1974, Rec. p. 999.

⁽⁸⁴¹⁾ Annexe II bis du règlement (CEE) n° 1408/71 ou annexe X du règlement (CE) n° 883/2004.

⁽⁸⁴²⁾ Ainsi, une seule et même assurance d'une assurance privée active à l'échelle européenne peut tantôt relever du règlement (CEE) n° 1408/71 (si la Suisse est l'État responsable), tantôt non (si l'Allemagne est l'État responsable).

II. LES PRESTATIONS DE DÉPENDANCE

A. Situation initiale

Au cours des années 90, plusieurs États membres ont commencé à introduire des systèmes de prévoyance médicale généralisés essentiellement destinés à couvrir les besoins inhérents à l'évolution démographique. Ces systèmes visent à aider, par le biais d'un système public de prestations, les personnes qui ne sont pas en mesure de combler leurs besoins par elles-mêmes et qui dépendent en permanence, ou du moins de manière récurrente, de l'aide extérieure pour les activités de la vie quotidienne. En règle générale, ces personnes appartiennent à la tranche de population plus âgée, même s'il peut aussi s'agir parfois, de jeunes personnes confrontées aux mêmes difficultés. Au préalable, il convient de souligner que très souvent, il ne s'agit pas de nouveautés absolues de la politique sociale nationale, mais que ces prestations prennent déjà leurs racines dans les anciens systèmes destinés aux personnes handicapées (par exemple les prestations pour les aveugles), que presque tous les États membres connaissaient déjà depuis des décennies ⁽⁸⁴³⁾.

Il est aussi intéressant de constater qu'aux yeux des experts, il apparaît absolument impossible de trouver une définition pour cette nouvelle catégorie de prestations dans le cadre des règlements de coordination. Les tentatives effectuées en ce sens au sein du Conseil lors de l'élaboration du règlement (CE) n° 883/2004 ⁽⁸⁴⁴⁾, puis au niveau de la commission

administrative ⁽⁸⁴⁵⁾, sont restées vaines à ce jour. À l'inverse, d'autres acteurs de la politique sociale européenne ne sont pas aussi rétifs à trouver des définitions des prestations de soins qui rencontrent l'approbation générale. À titre d'exemple, le Comité de la protection sociale a utilisé la définition suivante qui a été acceptée sans objection par l'ensemble des États membres:

En premier lieu (2003):

«Les soins de longue durée résident dans l'assistance aux personnes incapables de vivre de manière autonome et qui dépendent par conséquent de l'aide de tiers dans leurs activités quotidiennes. Leurs besoins d'assistance peuvent aller de l'aide à la mobilité à la préparation des repas en passant par la réalisation des achats ordinaires et d'autres tâches ménagères. Dans les cas les plus extrêmes, ces personnes peuvent nécessiter une aide pour se laver et se nourrir. Ces soins de longue durée ne requièrent pas nécessairement de compétences médicales.»

Et ensuite:

«Une question politique transversale qui rassemble une série de services pour les personnes qui ont besoin d'aide pour mener à bien les activités de base du quotidien pendant une période prolongée» ⁽⁸⁴⁶⁾.

Sur le plan de l'objectif en matière de politique sociale, tous ces nouveaux systèmes de prestations possèdent un dénominateur commun. Ils sont prévus pour l'ensemble des citoyens. Ils visent ainsi à offrir à toute la population la protection la plus étendue possible contre ce nouveau risque de dépendance. Toute exportation de ces prestations

⁽⁸⁴³⁾ Pour trouver une bonne documentation sur ces anciennes prestations, voir la jurisprudence de la CJCE relative à la classification des prestations de sécurité sociale pour les prestations d'aide sociale qui ne relèvent pas du règlement (CEE) n° 1408/71 avant l'introduction de l'annexe II bis dans le règlement (CEE) n° 1408/71 en 1992 [via le règlement (CEE) n° 1247/92, JO 1992, L 136, p. 1] — voir par exemple les arrêts sur l'aide belge aux personnes handicapées comme C-187/73, Callemeyn, 1974, Rec. p. 553, ou sur l'aide française aux personnes adultes handicapées comme C-63/76, Inzirillo, 1976, Rec. p. 2057.

⁽⁸⁴⁴⁾ Le règlement (CE) n° 883/2004 mentionne pour la première fois des «prestations de dépendance» (article 34). En raison du désaccord des délégations du groupe de travail du Conseil pour les questions sociales lors de l'élaboration du règlement, la question complexe de la définition a été confiée à la commission administrative (voir paragraphe 2 de ce règlement).

⁽⁸⁴⁵⁾ La commission administrative n'a pas non plus été en mesure d'établir cette définition. Dans sa décision, qui déterminera la liste des prestations de dépendance en nature et en espèces, elle publiera uniquement une liste oui/non qui indique l'existence de ces prestations, sans toutefois citer précisément les prestations visées concrètement.

⁽⁸⁴⁶⁾ Cette définition a été adoptée par l'OCDE, mais n'a jamais posé problème dans les débats politiques au sein du Comité de la protection sociale. Une analyse plus pointue révèle toutefois que cette définition serait aussi perfectible. Même des bébés correspondraient en effet à cette définition, alors que les prestations délivrées à tous les bébés ne font naturellement pas partie des prestations de dépendance en ce sens.

pour les personnes situées dans d'autres États membres est contraire au système.

Il était évident qu'avec une telle situation initiale il fallait s'attendre à des décisions de la CJCE concernant la compatibilité de ces systèmes avec le droit communautaire. Dans la suite de cet exposé, je tiens d'abord à passer en revue la chronologie de cette jurisprudence.

B. Chronologie de la jurisprudence de la CJCE

1. Affaire Molenaar

Le premier cas concernait l'assurance dépendance allemande ⁽⁸⁴⁷⁾. En vertu de la situation juridique allemande en vigueur, toutes les personnes (pour parler simplement) soumises à l'assurance maladie allemande sont également soumises à l'assurance dépendance allemande. Sur le plan de l'organisation, l'assurance est mise en œuvre par les caisses de dépendance, en étroite collaboration avec les caisses de maladie allemandes. Les prestations prévues consistent en une allocation de dépendance et en un éventail de prestations en nature qui peuvent également être délivrées de manière combinée.

Cette affaire concerne un frontalier de France qui travaillait en Allemagne. Il devait certes verser des cotisations à l'assurance dépendance allemande, mais ne pouvait prétendre à aucune prestation légale en raison de sa résidence en France, selon la méthodologie allemande ⁽⁸⁴⁸⁾. L'Allemagne n'a certes pas contesté que l'assurance dépendance constitue une branche de la sécurité sociale au sens du règlement (CEE) n° 1408/71, mais elle était d'avis que ce système prévoyait exclusivement des prestations en nature (y compris l'allocation de dépendance au titre de «succédané de prestation en

nature») ⁽⁸⁴⁹⁾. Selon le règlement (CEE) n° 1408/71, les prestations en nature ne doivent pas être exportées, mais sont uniquement délivrées aux personnes vivant dans l'État membre concerné ⁽⁸⁵⁰⁾.

Face à cette situation de départ, la Cour de justice a d'abord dû se demander quelles dispositions du règlement (CEE) n° 1408/71 s'appliquaient à l'assurance dépendance allemande. Étant donné qu'aucun chapitre du règlement (CEE) n° 1408/71 ne concerne les «prestations de dépendance», la CJCE a dû rechercher les prestations les plus proches auxquelles l'on peut attribuer ce nouveau risque. La CJCE a attribué à l'assurance dépendance le risque de «maladie», essentiellement en raison de la fonction complémentaire de l'assurance maladie légale, mais aussi en raison de l'interdépendance organisationnelle avec les caisses maladie. Elle a ensuite dû décider si l'allocation de dépendance représentait une prestation en espèces ou en nature. Aux yeux de la Cour de justice, il ne faisait aucun doute qu'une prestation pouvait uniquement être considérée au titre de succédané d'une prestation en nature si elle remboursait effectivement, dans les cas individuels, les frais de traitement payés par le ou les assurés. Si la personne concernée, comme pour l'allocation de dépendance allemande, dispose d'une autonomie complète concernant l'utilisation de cette prestation (par exemple achat de services personnels, paiement de l'aide par des proches, mais aussi «économies pour les périodes difficiles»), il s'agit d'une prestation en espèces selon la CJCE. Une telle vision entraîne une conséquence inéluctable: les prestations en espèces en cas de maladie doivent être exportées, conformément au règlement (CEE) n° 1408/71 ⁽⁸⁵¹⁾.

⁽⁸⁴⁷⁾ Affaire C-160/96, Molenaar, 1998, Rec. p. I-843.

⁽⁸⁴⁸⁾ Selon la situation juridique allemande faisant l'objet du litige, seules les personnes ayant une résidence en Allemagne pouvaient prétendre à des prestations de l'assurance dépendance allemande (SGB XI).

⁽⁸⁴⁹⁾ Pour ce faire, l'Allemagne s'est référée à l'arrêt de la CJCE dans l'affaire C-61/65, Vaassen-Göbbels, 1966, Rec. p. 377, dans lequel la Cour de justice a établi que les prestations qui sont certes versées en espèces, mais qui constituent un remboursement des frais de traitement payés au préalable en espèces par l'assuré, ne doivent pas être considérées comme des prestations en espèces, mais comme des prestations en nature en cas de maladie.

⁽⁸⁵⁰⁾ Voir par exemple, concernant les prestations en nature en cas de maladie, le titre III, chapitre 1, du règlement (CEE) n° 1408/71.

⁽⁸⁵¹⁾ En cas de résidence hors de l'État responsable en ce qui concerne la personne active selon l'article 19, en ce qui concerne la personne retraitée selon l'article 28 du règlement n° 1408/71.

Par conséquent, même en cas de résidence dans un autre État membre, toute personne assurée auprès de l'assurance dépendance allemande (actuelle!) ⁽⁸⁵²⁾ peut prétendre au versement d'allocations de dépendance auprès de cette assurance allemande. Toutefois, ceci signifie aussi que les prestations de dépendance en nature, comme la mise à disposition d'un assistant professionnel pour les activités de la vie quotidienne (achats, hygiène corporelle, nettoyage de l'habitation, etc.) ne peuvent être exportées. En revanche, celles-ci peuvent également être délivrées, à l'instar de toutes les autres prestations en nature en cas de maladie, aux personnes assurées dans un autre État membre qui vivent en Allemagne, à la charge de l'organisme étranger responsable. Par conséquent, si le bénéficiaire d'une pension autrichienne vit exclusivement en Allemagne ⁽⁸⁵³⁾, cette personne peut non seulement prétendre aux prestations en nature usuelles de l'assurance maladie allemande (comme les consultations médicales, les médicaments ou les soins hospitaliers), mais aussi aux prestations de dépendance en nature. La caisse maladie autrichienne responsable doit rembourser toutes ces prestations. Toutefois, ceci ne représente pas du tout une révolution, mais une conséquence parfaitement logique de la considération des prestations en nature au titre de prestations prévues en cas de maladie. Nous y reviendrons plus en détail par la suite.

2. Affaire Jauch

Le cas suivant concerne l'Autriche ⁽⁸⁵⁴⁾. Comme l'Allemagne, l'Autriche s'était basée dans une large

mesure sur le droit européen pour la préparation nationale de ce nouveau système. Toutefois, à l'inverse de l'Allemagne, l'Autriche ne voulait pas emprunter la voie des prestations en nature, mais celle des prestations spéciales non contributives. En effet, il existait déjà l'annexe II *bis* du règlement (CEE) n° 1408/71, dans laquelle les États membres pouvaient introduire des prestations spéciales non contributives, pouvant notamment servir exclusivement à la protection spéciale des personnes handicapées ⁽⁸⁵⁵⁾. L'Autriche a dès lors aspiré à conférer un caractère essentiellement «non contributif» aux prestations. C'est pourquoi le système autrichien n'a pas été financé par des «cotisations de dépendance» propres, mais par les recettes fiscales générales ⁽⁸⁵⁶⁾.

En outre, l'Autriche ne possède pas de système de dépendance uniforme. Compte tenu de la structure fédérale de l'Autriche, le pays dispose plutôt d'une allocation de dépendance fédérale qui prévoit des prestations pour toute personne dont les autorités fédérales sont responsables (bénéficiaires de pensions de l'assurance sociale générale, fonctionnaires publics, bénéficiaires d'autres prestations fédérales comme les systèmes de prise en charge des victimes de guerre et des membres de leurs familles) ainsi que des systèmes des neuf États pour tous les autres groupes de personnes (toutes les personnes actives, ainsi que les fonctionnaires publics et les membres de leurs

⁽⁸⁵²⁾ Selon la méthodologie du règlement (CEE) n° 1408/71, les prestations de maladie nécessitent une assurance actuelle dans l'État membre concerné. Autrement dit, une personne qui était d'abord assurée en Allemagne, mais qui se rend ensuite en Pologne et est soumise à la législation polonaise en raison de l'exercice d'une nouvelle activité professionnelle conformément au titre II du règlement (CEE) n° 1408/71, n'a plus droit aux prestations allemandes en cas de maladie (et n'a donc aucun droit à l'allocation de dépendance allemande), même si elle a perçu une allocation de dépendance en vertu de la législation allemande avant le déménagement.

⁽⁸⁵³⁾ En vertu de l'article 29 du règlement (CEE) n° 574/72, ce retraité autrichien doit s'inscrire via un formulaire E 121 auprès d'une caisse allemande et reçoit ensuite les mêmes prestations en nature que tout assuré allemand.

⁽⁸⁵⁴⁾ Affaire C-215/99, Jauch, 2001, Rec. p. I-1933.

⁽⁸⁵⁵⁾ Article 4, paragraphe 2, point a), du règlement (CEE) n° 1408/71.

⁽⁸⁵⁶⁾ Toutefois, dans son arrêt rendu dans cette affaire, la CJCE conteste également le caractère non contributif. Comme à l'accoutumée, le législateur européen a en effet choisi une solution de financement très compliquée. Le taux de cotisation à l'assurance maladie a été majoré, ce qui a permis de réduire la contribution de l'assurance retraite à l'assurance maladie du retraité, et ainsi la tranche publique pour la couverture du déficit de l'assurance retraite. L'argent ainsi épargné a pu être investi dans la prévoyance de la dépendance. La CJCE s'est méfiée de ce financement et l'a finalement déclaré contributif. Toutefois, les modalités de remboursement de l'assurance maladie et de la prévoyance dépendance sont fortement séparées en Autriche. C'est pourquoi aucun euro de l'assurance maladie n'est versé dans la prévoyance dépendance. Je suis donc d'avis que la CJCE n'a pas compris la complexité du financement de la sécurité sociale en Autriche. De toute façon, ces réflexions n'auraient pas été déterminantes, étant donné que la CJCE a simultanément refusé le caractère de «prestation spéciale». Cette «tâche laborieuse» n'aurait donc pas été nécessaire. Ceci illustre également que des solutions nationales trop compliquées exposent souvent la CJCE à des problèmes, au détriment des États membres concernés.

familles) ⁽⁸⁵⁷⁾. Sur le plan organisationnel, l'allocation de dépendance est cependant complètement séparée de l'assurance maladie. À titre d'exemple, l'allocation de dépendance fédérale est versée par l'organisme d'assurance retraite compétent aux retraités et par les institutions des États aux personnes actives.

C'est pourquoi l'Autriche avait sollicité l'inscription de l'allocation de dépendance au titre d'allocation de dépendance fédérale à l'annexe II *bis* et des allocations de dépendance au titre des neuf lois d'allocation de dépendance des États à l'annexe II, section III, du règlement (CEE) n° 1408/71 relatif aux prestations spéciales non contributives régionales. Ces demandes ont été acceptées par la Commission et par l'ensemble des États membres, si bien qu'en vertu du texte du règlement (CEE) n° 1408/71, ces prestations doivent uniquement être octroyées en cas de résidence en Autriche (aucune exportation).

L'affaire Jauch concernait un retraité seul autrichien (perception d'une pension autrichienne uniquement) qui vivait en Allemagne. Jusqu'en 1998, il percevait une allocation de dépendance allemande ⁽⁸⁵⁸⁾ qui a toutefois été suspendue après l'arrêt rendu dans l'affaire Molenaar. Il a donc sollicité une allocation de dépendance en Autriche. Selon le texte du règlement (CEE) n° 1408/71, il était évident qu'en l'espèce une exportation de l'allocation de dépendance fédérale (cet élément a été considéré en priorité étant donné qu'il s'agissait d'un retraité de l'assurance sociale générale) était impossible. Toutefois, la question était de savoir si cette exclusion d'exportation de l'annexe II *bis* était conforme aux principes du traité CE. La CJCE a décidé que l'allocation de

dépendance autrichienne ne constituait pas une prestation spéciale au sens de la loi fédérale sur la dépendance, étant donné que le risque de «dépendance» représentait un risque normal en cas de maladie (la CJCE s'était déjà prononcée en ce sens dans l'affaire Molenaar). Toutefois, les prestations usuelles ne peuvent pas être inscrites à l'annexe II *bis* du règlement (CEE) n° 1408/71. Ces prestations doivent respecter les règles de coordination générales des prestations en cas de maladie. C'est pourquoi il convient par exemple de procéder à une exportation pour les retraités si l'Autriche est responsable des prestations de maladie (et prend dès lors en charge les frais inhérents aux prestations en nature en cas de résidence dans un autre État membre) ⁽⁸⁵⁹⁾. Selon cet arrêt, l'Autriche n'était donc pas en droit de refuser l'exportation de l'allocation de dépendance fédérale autrichienne en Allemagne à M. Jauch.

Par le biais de cet arrêt, la CJCE a établi clairement que, concernant les nouvelles catégories de prestations, les différentes méthodologies, structures organisationnelles et méthodes de financement nationales sont sans importance. Seul compte l'objectif visé par une prestation. Si cet objectif coïncide, toutes les prestations similaires des différents États membres doivent être coordonnées selon des principes identiques. Les arrêts rendus dans les affaires Molenaar et Jauch nous apportent également un autre enseignement: tant que le législateur communautaire n'élaborera aucun principe de coordination autonome pour ces nouvelles catégories de prestations, la CJCE n'aura d'autre choix que de déclarer les principes de coordination applicables à la catégorie de prestation la plus proche de celle examinée ⁽⁸⁶⁰⁾.

⁽⁸⁵⁷⁾ La présence de ces dix systèmes s'explique par la répartition des compétences de la constitution fédérale autrichienne et par la volonté d'uniformiser des prestations qui étaient complètement différentes avant l'introduction du nouveau système (par exemple suppléments pour personnes indigentes en sus des retraites et allocations des États fédérés en faveur des personnes aveugles et handicapées). La conclusion d'un accord de l'État fédéral avec les neuf États fédérés a permis de faire en sorte que les dix systèmes obéissent à des principes uniformes et surtout que les cotisations des allocations de dépendances soient uniformes dans toute l'Autriche.

⁽⁸⁵⁸⁾ Étant donné qu'avant l'arrêt Molenaar l'Allemagne partait du principe que l'allocation de dépendance était une prestation en nature qui devait également être délivrée aux retraités étrangers conformément à l'article 28 du règlement (CEE) n° 1408/71 (contre remboursement des frais par l'organisme étranger responsable), si ces derniers sont inscrits auprès d'une caisse allemande via un formulaire E 121.

⁽⁸⁵⁹⁾ En vertu de l'article 28, paragraphe 1, point b), du règlement (CEE) n° 1408/71. En l'espèce, la responsabilité ne signifie pas la responsabilité au sens des dispositions légales applicables, qui incombent toujours à l'État de résidence dans le cas des retraités, mais la responsabilité à l'égard de la prise en charge de frais, pour les prestations en nature (via le remboursement des frais) et pour les prestations en espèces via l'obligation de paiement direct.

⁽⁸⁶⁰⁾ Nous rencontrons ce principe en permanence. En ce qui concerne les nouvelles prestations d'éducation introduites par de nombreux États membres, la CJCE n'a pas eu d'autre choix non plus que d'assimiler cette catégorie de prestations aux allocations familiales, bien que dans de nombreux États membres ces prestations soient considérées à l'échelle nationale comme des allocations de maternité (voir par exemple l'affaire C-275/96, Kuusijärvi, 1998, Rec. p. I-3419, concernant la classification en Suède avant cet arrêt). Par la suite, j'aborderai plus en détail les prestations d'éducation.

3. Affaire Hosse

L'Autriche est l'État membre de l'Union le mieux contrôlé. En effet, toutes les prestations qui ont été exclues de l'exportation via leur inscription dans les annexes précitées ont atterri devant la CJCE ⁽⁸⁶¹⁾. Après l'allocation de dépendance fédérale examinée dans l'affaire Jauch, une autre allocation de dépendance des États inscrite à l'annexe II, partie III, du règlement (CEE) n° 1408/71 a été soumise au contrôle de la CJCE ⁽⁸⁶²⁾.

Cette affaire concernait un frontalier qui travaillait en Autriche (État fédéré de Salzbourg) mais qui vivait avec sa famille en Allemagne. Sa fille était handicapée et son épouse se consacrait à sa prise en charge; elle a donc cessé son activité professionnelle à cette fin. En ce qui concerne les prestations en nature en cas de maladie, l'épouse comme la fille étaient assurées avec le frontalier auprès de l'assurance maladie autrichienne ⁽⁸⁶³⁾. La question était toutefois de savoir s'ils avaient droit à une allocation de dépendance autrichienne pour leur fille handicapée.

L'allocation de dépendance fédérale (telle qu'elle a été traitée dans l'affaire Jauch) n'est pas entrée en ligne de compte dans ce cas, car il manquait un point d'ancrage avec la responsabilité fédérale (le père était actif et ne percevait pas encore de pension).

La CJCE a décidé que l'allocation de dépendance salzbourgeoise revêtait la même fonction que les allocations de dépendance examinées à ce jour de l'assurance dépendance allemande et en vertu de la loi autrichienne sur les allocations de dépendance fédérales. Du point de vue de la CJCE, elle a également pour principale vocation de compléter

les prestations de l'assurance maladie afin de couvrir les frais supplémentaires de la personne concernée engendrés par les soins. Elle a rétorqué à l'argument avancé par le gouvernement autrichien, selon lequel il n'existait absolument aucune relation avec l'assurance maladie sur le plan organisationnel, que là n'était pas la question ⁽⁸⁶⁴⁾. Du point de vue de la CJCE, il importe peu qu'en vertu de la méthodologie autrichienne le droit à des allocations de dépendance représente un droit individuel de la personne dépendante (en l'espèce la fille), mais qu'en vertu du règlement le droit aux prestations de maladie puisse uniquement être déterminé selon la situation juridique du père (lui seul est soumis à la législation autrichienne) ⁽⁸⁶⁵⁾. En fin de compte, une telle prestation pour les membres de la famille profite toujours (aussi) au frontalier. La CJCE a dès lors fait preuve de cohérence en conférant aussi à ces prestations autrichiennes la qualité de prestation spéciale. Par conséquent, celle-ci a aussi été considérée comme une prestation de maladie, d'où l'application des règles générales du chapitre «Prestations de maladie» du règlement (CEE) n° 1408/71. M. Hosse a donc également obtenu un droit à l'allocation de dépendance salzbourgeoise pour sa fille vivant en Allemagne ⁽⁸⁶⁶⁾.

La CJCE en a donc à nouveau tiré les conséquences. Même la structure fédérale d'un État membre ne peut exclure de la coordination une prestation qui sert uniquement à couvrir un risque général et «normal» en matière de sécurité sociale. Dès lors, la méthodologie nationale des différents systèmes de

⁽⁸⁶¹⁾ Au-delà des affaires Jauch et Hosse, citons également l'affaire C-160/02, Skalka, 2004, Rec. p. I-5613, qui a examiné l'allocation compensatoire autrichienne, également inscrite à l'annexe II *bis* du règlement (CEE) n° 1408/71. Dans cette affaire, la CJCE a toutefois confirmé cette inscription autrichienne.

⁽⁸⁶²⁾ Affaire C-286/03, Hosse, 2006, Rec. p. I-1771.

⁽⁸⁶³⁾ Aux termes de l'article 19 du règlement (CEE) n° 1408/71, toutes deux avaient été inscrites auprès d'une assurance maladie allemande via un formulaire E 106.

⁽⁸⁶⁴⁾ Pour la première fois, elle se détache ainsi complètement de cette relation. Dans l'affaire Jauch, elle s'est notamment appuyée sur la majoration des cotisations d'assurance maladie pour justifier la relation avec l'assurance maladie (point 33). Il n'a plus été possible d'avancer cette relation concernant les allocations de dépendance fédérées et leur financement autonome à partir du budget fédéré concerné, ainsi que concernant la responsabilité organisationnelle du gouvernement fédéré.

⁽⁸⁶⁵⁾ Il s'agit du reste d'une position connue dans la jurisprudence concernant les allocations familiales (voir par exemple l'arrêt rendu dans l'affaire C-543/03, Dodl et Oberhollenzer, 2005, Rec. p. I-5049). Même dans le cas des allocations familiales, il importe peu de savoir qui peut prétendre concrètement à des prestations en vertu de la méthodologie nationale. Seule compte la relation familiale. S'il s'agit d'une «famille», chaque membre de la famille peut prétendre à la prestation, quel que soit le membre de la famille soumis à la législation de l'État membre concerné.

⁽⁸⁶⁶⁾ En vertu de l'article 19, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 1408/71.

sécurité sociale est négligeable, au même titre que la répartition des compétences au sein des États membres. De même, les prestations qui, comme la prestation de dépendance salzbourgeoise, peuvent plutôt être classées au titre de l'aide sociale selon la méthodologie nationale, ne sont pas à l'abri de la mise en œuvre des règles de coordination générales. Naturellement, il serait utile dans ce contexte, d'étudier plus en profondeur le rôle spécial des prestations régionales, à propos desquelles la CJCE a récemment déclenché des remous considérables⁽⁸⁶⁷⁾. Ceci ferait toutefois éclater le cadre prescrit et s'avèrerait moins important à l'égard du système de soins autrichien, étant donné que les neuf États fédérés disposent d'un système de soins pratiquement identique, si bien que ces prestations n'afichent aucune divergence à l'échelon régional.

Toutefois, l'arrêt rendu dans l'affaire Hosse nous invite également à une réflexion plus poussée. La CJCE y dispose en effet que cette responsabilité de l'Autriche ne vaut que si la fille n'a pas droit à des prestations de même nature dans le pays où elle vit⁽⁸⁶⁸⁾. Que doit-on en déduire? Selon la méthodologie du règlement (CEE) n° 1408/71⁽⁸⁶⁹⁾, seul un pays peut être responsable des prestations de maladie. Pour les membres de la famille, il s'agit de l'État de résidence si une activité professionnelle y est exercée par la famille, ou d'un autre État membre dans lequel un membre de la famille exerce une activité professionnelle⁽⁸⁷⁰⁾. En tout état de cause, cette méthodologie exclut tout droit prioritaire de l'État de résidence. Dès lors, dans un cas où la fille vit dans un autre État membre que l'Allemagne (où

tout droit à une allocation de dépendance nécessite toujours une assurance, ce qui n'était pas le cas pour la famille Hosse), la CJCE aurait-elle refusé l'obligation d'exportation de l'allocation de dépendance de la part de l'Autriche, si par exemple tous les habitants du pays de résidence ont droit à une allocation de dépendance? Comme indiqué précédemment, on ne peut le comprendre d'un point de vue méthodologique aussi longtemps que l'on se cantonne au règlement (CEE) n° 1408/71 en vigueur. Mais peut-être la CJCE nous a-t-elle déjà indiqué la voie d'une future coordination (État de résidence toujours prioritaire)⁽⁸⁷¹⁾? Quoi qu'il en soit, cette question reste passionnante!

4. Affaire Gaumain-Cerri

Cette affaire représente également un très bon exemple pour les nouveaux systèmes de prestations introduits par les États membres. Elle illustre particulièrement bien la complexité à laquelle nous sommes confrontés.

Cette affaire gravite à nouveau autour de la situation juridique allemande concernant les prestations de dépendance. En effet, le législateur européen a non seulement introduit des prestations pour les personnes dépendantes (allocations de dépendance et prestations de dépendance en nature), mais aussi des prestations annexes de toute autre nature. Dans le droit allemand, la situation du soignant (c'est-à-dire la personne qui s'occupe de la personne dépendante) est également régie par la loi. Dans certaines circonstances, ce soignant bénéficie d'une protection au titre de l'assurance allemande retraite et accident, le pays prenant en charge les cotisations, d'où la possibilité d'une assurance non contributive pour la personne concernée.

Du point de vue méthodologique, il ne s'agit pas d'une particularité de la situation juridique alle-

⁽⁸⁶⁷⁾ Arrêt rendu dans l'affaire C-212/06, gouvernement de la Communauté française et gouvernement Wallon, 2008, Rec. p. I-1683. Pour davantage de détails à ce sujet, surtout concernant les autres conséquences, voir H. Verschuere «La régionalisation de la sécurité sociale en Belgique à la lumière de l'arrêt de la Cour de justice européenne portant sur l'assurance soins flamande», *Développements de l'Europe sociale*, 2008, p. 173. Il serait également intéressant de déterminer comment cet arrêt de la CJCE doit être considéré par rapport à l'arrêt de la Cour de justice de l'AELE dans l'affaire E-3/05, Autorité de surveillance de l'AELE/Norvège du 3 mai 2006, où les prestations spéciales régionales, comme la prime Finnmark norvégienne, ont reçu une garantie d'existence.

⁽⁸⁶⁸⁾ Point 56 de l'arrêt.

⁽⁸⁶⁹⁾ Titre III, chapitre 1^{er}, du règlement (CEE) n° 1408/71.

⁽⁸⁷⁰⁾ Voir article 19, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 1408/71, qui établit précisément ces différentes règles de priorité.

⁽⁸⁷¹⁾ L'arrêt rendu dans l'affaire C-352/06, Bosmann, 2008, Rec. p. I-3827 pourrait pointer dans cette direction. On peut considérer que cet arrêt brise les tabous, en ce sens où malgré la détermination claire des dispositions légales applicables du règlement (CEE) n° 1408/71, l'arrêt a reconnu une «compétence résiduelle» du pays de résidence.

mande. Dans certains États membres, le soignant reçoit lui-même la prestation (par exemple: en Irlande *carers pension* ou *carers allowance*), même si l'on vise essentiellement un remplacement de revenu pour cette personne. Toutefois, les assurances complémentaires ne sont pas uniquement prévues en relation avec les prestations de dépendance. Les législateurs nationaux ont de plus en plus souvent tendance à rétribuer les activités qui peuvent être considérées comme servant l'intérêt général par le biais de telles assurances complémentaires à l'intention des personnes concernées (qui en règle générale ne peuvent exercer aucune activité professionnelle ou doivent limiter leur activité professionnelle pour accomplir ces activités dans l'intérêt général). Citons à titre d'exemple les assurances maladie pour les personnes qui se consacrent à l'éducation d'enfants ou des périodes d'assurance pension pour les personnes qui accompagnent des proches malades ou en fin de vie.

Pour la CJCE, l'assurance pension pour le soignant relevait d'abord de la législation allemande ⁽⁸⁷²⁾. Il s'agissait des cas suivants:

- Dans un cas, une famille vivait en France et le père et la mère exerçaient une activité professionnelle en Allemagne en tant que frontaliers; leur fils était assuré avec eux auprès de l'assurance maladie et dépendance allemande et percevait une allocation de dépendance allemande en raison d'un handicap, les deux parents s'occupant de leur fils handicapé ⁽⁸⁷³⁾.
- Dans un autre cas, une citoyenne allemande vivait en Belgique et s'occupait, de là, d'un fonctionnaire à la retraite vivant en Allemagne qui recevait des prestations de dépendance allemandes. Elle recevait de sa part une rémunération pour les soins fournis, ce qui n'a toutefois pas conduit à une activité professionnelle au sens de la méthodologie allemande ⁽⁸⁷⁴⁾.

Selon le droit allemand national, cette assurance retraite est limitée aux soignants qui résident en Allemagne. Aucun n'y avait donc droit dans les deux cas en question. La CJCE devait à présent décider comment considérer cette assurance retraite au regard du droit communautaire. Une approche intéressante à ce sujet résidait dans le fait que ces assurances n'avaient pas été examinées en relation avec les «dispositions légales applicables» ⁽⁸⁷⁵⁾ pendant les questions préjudicielles, mais au titre de «prestations». Dans son arrêt, la CJCE a établi qu'une telle assurance retraite doit également être considérée comme un complément de l'allocation de dépendance et qu'en conséquence, exactement comme cette dernière, elle représente une prestation de maladie au sens du règlement (CEE) n° 1408/71. De prime abord, ce résultat est absolument incompréhensible. Comment une assurance retraite peut-elle être une prestation de maladie?

Après un examen plus approfondi, l'arrêt semble toutefois parfaitement rationnel et cohérent. En soi, un État membre peut s'occuper des manières les plus diverses de l'assurance retraite d'un soignant. Ainsi, il peut également octroyer à la personne dépendante une allocation de dépendance relevée en conséquence, afin que ce montant suffise également à donner suffisamment d'argent au soignant pour qu'il puisse lui-même s'occuper de son assurance retraite ou que la personne dépendante puisse payer directement une telle assurance pour «son» soignant. Selon la jurisprudence actuelle de la CJCE relative aux allocations de dépendance, il est clair qu'une allocation de dépendance ainsi majorée est considérée dans tous les cas comme une prestation de maladie sans la moindre restriction, d'où la coordination de ces prestations (naturellement quel que soit l'État membre dans lequel vit le soignant — ce lieu de résidence serait en effet complètement négligeable, car l'allocation de dépendance n'aurait aucune destination). Pourquoi

⁽⁸⁷²⁾ Affaires C-502/01, Gaumain-Cerri, et C-31/02, Barth, 2004, Rec. p. I-6483.

⁽⁸⁷³⁾ Affaire Gaumain-Cerri.

⁽⁸⁷⁴⁾ Affaire Barth.

⁽⁸⁷⁵⁾ Titre II du règlement (CEE) n° 1408/71 — un examen selon ce titre aurait en effet mené indubitablement dans une autre direction, étant donné qu'il y aurait alors eu une vérification de la situation individuelle, ce qui est susceptible d'entraîner d'autres responsabilités qu'avec la personne soignante.

devrait-on alors obtenir un autre résultat si l'État lui-même met la main au porte-monnaie et paie les cotisations de l'assurance retraite (en faveur de la personne dépendante). De ce point de vue, il est également clair que dans le cas d'un versement des cotisations de l'assurance retraite, il peut s'agir d'une prestation en espèces et en nature pour le soignant. En raison de cet arrêt, il y a donc dans les deux cas un droit à l'assurance retraite pour le soignant.

Un autre aspect intéressant de cet arrêt concerne non seulement les conséquences sur la personne dépendante, mais aussi celles sur le soignant.

Le règlement (CEE) n° 1408/71 établit en effet sous le chapitre «Législation applicable» les dispositions légales qui s'appliquent à une personne. En cas d'exercice d'une activité indépendante, par exemple, il s'agit des dispositions légales de l'État membre dans lequel est exercée l'activité ⁽⁸⁷⁶⁾. Dans la mesure où les dispositions légales de cette situation d'emploi soumettent dès lors l'activité de soignant à l'assurance dans un système de travailleurs ⁽⁸⁷⁷⁾, cet arrêt entraîne la responsabilité d'un autre État membre pour les prestations en espèces en faveur de la personne dépendante au titre des doubles assurances, ce qui en soi doit être évité selon la méthodologie du règlement (CEE) n° 1408/71 ⁽⁸⁷⁸⁾. Cette question n'a pas encore été

suffisamment clarifiée à mes yeux. Le règlement (CE) n° 883/2004 établit au moins qu'une telle assurance, en tant qu'annexe à une prestation comme l'assurance retraite au titre de soignant d'une personne qui perçoit une allocation allemande de dépendance, ne signifie pas que la législation allemande s'applique dans son ensemble à ce soignant ⁽⁸⁷⁹⁾. C'est pourquoi, par exemple, un soignant qui s'occupe d'un retraité allemand en Espagne et vit lui-même en Espagne, bien qu'il obtienne des périodes d'assurance dans l'assurance retraite allemande, ne peut pas prétendre également à des allocations familiales allemandes pour ses enfants ⁽⁸⁸⁰⁾.

La question des assurances pour les soignants est ainsi résolue de manière relativement claire. Qu'en est-il toutefois des assurances liées à d'autres prestations de sécurité sociale? Prenons l'exemple de la situation juridique autrichienne, selon laquelle les bénéficiaires d'allocations d'éducation sont également assurés contre la maladie. Dans ce cas, l'assurance maladie représente-t-elle une allocation familiale et doit-elle donc faire l'objet de la même coordination que les prestations familiales? Si l'on adopte de manière cohérente le mode de pensée de la CJCE, cette conclusion est inéluctable. Toutefois, ceci mène à des résultats très complexes que nous ne pouvons aborder de manière détaillée dans ce contexte ⁽⁸⁸¹⁾.

Comme déjà indiqué, de telles évolutions juridiques nationales, qui en sus des prestations

⁽⁸⁷⁶⁾ Article 13, paragraphe 2, point a), du règlement (CEE) n° 1408/71.

⁽⁸⁷⁷⁾ Cette protection dans un système applicable aux travailleurs conditionne la classification de la personne concernée dans le champ d'application individuel du règlement (CEE) n° 1408/71 [article 1^{er}, point a)]. Dans le cas d'un soignant, ceci peut par exemple dépendre du fait de savoir si la relation entre la personne dépendante et le soignant est considérée comme une relation de travail et si la rémunération perçue dépasse les plafonds prévus par la législation nationale pour l'intégration de l'obligation d'assurance. En règle générale, il doit y avoir une concordance entre les termes «travailleur» et «exercice d'une activité salariée» (CJCE dans l'affaire C-340/94, de Jaeck, 1997, Rec. p. I-461). Dès lors, en l'espèce, on peut partir du principe qu'une personne qui, en raison de son activité de soignant, est considérée comme travailleur dans le pays où elle exerce cette activité, est généralement soumise à la législation de ce pays au titre de personne salariée sur ce territoire. Naturellement, ce faisant nous ne prenons pas en considération certains groupes, comme un soignant indépendant établi dans un État membre qui se dépêche lui-même dans un autre État membre pour y accomplir des activités de soin (voir par exemple l'arrêt de la CJCE dans l'affaire C-178/97, Banks, 2000, Rec. p. I-2005) et qui est, dès lors, soumis à la législation du pays où il est établi [article 14, paragraphe 1, point a), du règlement (CEE) n° 1408/71].

⁽⁸⁷⁸⁾ Article 13, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 1408/71.

⁽⁸⁷⁹⁾ Considérant 18a du règlement (CE) n° 883/2004, introduit par la première modification de ce règlement.

⁽⁸⁸⁰⁾ Selon l'article 73 du règlement (CEE) n° 1408/71 ou l'article 67 du règlement (CE) n° 883/2004, une personne soumise à la législation d'un État membre peut également prétendre à des allocations familiales selon les dispositions légales de ce pays pour des enfants vivant dans un autre État membre.

⁽⁸⁸¹⁾ Ainsi, dans le cas des prestations familiales, la responsabilité de l'octroi des prestations échoit très souvent à deux États membres. L'un possède une responsabilité prioritaire, l'autre subsidiaire, et ce dernier paie uniquement sa prestation familiale au titre de montant différencié, lorsque le montant de la prestation, au regard de sa législation, est plus élevé que celui de l'État prioritairement responsable — ceci est désormais clairement établi à l'article 68 du règlement (CE) n° 883/2004. Peut-il y avoir une assurance maladie au titre de «montant différencié» lorsque l'État membre prioritairement responsable ne préconise aucune assurance maladie pour la personne chargée de l'éducation?

sociales prévoient encore des mesures d'assurance, ne sont pas des cas isolés. Toutefois, dans la mesure où de telles dispositions font l'objet de la coordination, en raison de la présence d'éléments internationaux, la situation devient immédiatement très compliquée. La solution avancée par la CJCE, selon laquelle il convient d'assurer la prestation initiatrice, est certes cohérente, mais entraîne parfois des problèmes absolument insolubles. Même le nouveau règlement (CE) n° 883/2004 n'a apporté aucune solution explicite à ce problème.

5. Affaire Commission/Parlement et Conseil

Malgré cette position relativement claire de la CJCE à l'égard de la nouvelle catégorie de prestations des allocations de dépendance, la situation n'était pas si claire du point de vue des États membres. De nombreux États membres avaient en effet classé leurs prestations pour personnes handicapées ou dépendantes à l'annexe II *bis* du règlement (CEE) n° 1408/71, comme l'avait fait l'Autriche avant l'affaire Jauch. Étant donné que tous les États membres ne disposent pas dans la même mesure de tribunaux nationaux qui soumettent immédiatement toute interrogation sous la forme d'une question préjudicielle devant la CJCE, le danger d'une vérification de ces classifications par la CJCE était faible pour ces pays. La Commission, en tant que gardienne des traités, ne pouvait toutefois se résoudre à attendre et se devait d'agir. Après un processus de discussion très intense au sein de la commission administrative, au cours duquel toutes les prestations inscrites à l'annexe ont été analysées en détail, la Commission a formulé une proposition de révision de l'annexe II *bis* du règlement (CEE) n° 1408/71, visant à en supprimer toutes les prestations de dépendance correspondant aux allocations de dépendance allemandes ou autrichiennes. Toutefois, tous les États membres concernés n'étaient pas immédiatement disposés à accepter cette proposition de la Commission. Le Conseil a donc dû entreprendre d'autres négociations, jusqu'à ce que la plupart des États membres soient prêts à supprimer leurs inscriptions à l'annexe. Seuls trois États

membres, à savoir la Finlande, la Suède et le Royaume-Uni, n'étaient pas disposés à le faire. Pour éviter un échec total des négociations, il a donc fallu établir un compromis en laissant ces prestations dans l'annexe II *bis* du règlement⁽⁸⁸²⁾. La Commission envisageait toutefois, dès cet accord, le lancement d'une procédure auprès de la CJCE.

Cette procédure a finalement apporté toute la clarté nécessaire⁽⁸⁸³⁾. La Cour de justice a en effet généralisé le raisonnement qu'elle avait suivi jusque là. Elle a décidé que les prestations concernées des trois États membres — aide finlandaise à l'éducation des enfants, aide suédoise de dépendance pour enfants handicapés, aide suédoise de dépendance, Disabled Living Allowance (DLA) britannique, Attendance Allowance (AA) britannique et Carers Allowance britannique⁽⁸⁸⁴⁾ représentaient des prestations usuelles de maladie et, à ce titre, étaient soumises à la coordination générale de ces prestations. Seule la partie mobilité du DLA a obtenu une dérogation, étant considérée par la CJCE comme une composante de l'aide sociale. La Cour de justice a indiqué d'une part que ces prestations aident les parents d'enfants handicapés à assurer le soin, la prise en charge et la réhabilitation des enfants handicapés (du point de vue de la CJCE, l'objectif essentiel de ces prestations est toutefois de nature médicale) et, d'autre part, qu'elles apportent une aide en cas de troubles fonctionnels chez les adultes et doivent aider la personne handicapée, via le financement de l'aide d'une tierce personne, à prendre en charge les frais afférents à la maladie, à améliorer sa qualité de vie voire favoriser son autonomie et son intégration sociale. Il importe également de souligner que ces prestations sont indubitablement des prestations qui n'ont absolument aucune relation avec le système national des

⁽⁸⁸²⁾ Règlement (CE) n° 647/2005, JO L 117, 2005, p. 1.

⁽⁸⁸³⁾ Affaire C-299/05, Commission/Parlement et Conseil, 2007, Rec. p. I-8695. Pour des raisons de procédure, la Commission, qui avait pris part aux négociations, n'a pu lancer aucune procédure d'infraction contre les trois États membres concernés conformément à l'article 226 du traité, mais uniquement entreprendre une action en nullité conformément à l'article 230 du traité.

⁽⁸⁸⁴⁾ Jusque-là, ces prestations étaient introduites sous les points W. Finlande (b), X. Suède (c) et Y. Royaume-Uni (d), (e) et (f) dans l'annexe II *bis* du règlement (CEE) n° 1408/71.

prestations de maladie. La Cour a ainsi rejeté définitivement la nécessité avancée initialement par plusieurs États membres, après les affaires *Molenaar* et *Jauch*, d'établir cette relation au moins du point de vue organisationnel ou du financement.

En tout état de cause, il convient de saluer cet arrêt sur le plan méthodologique. Il établit en effet que toutes les prestations similaires du point de vue de la politique sociale seront toujours soumises aux mêmes principes de coordination. Sans compter qu'il a incité les États membres à envisager désormais de nouvelles méthodes de coordination ⁽⁸⁸⁵⁾. Citons également le fait que cette vérification de l'annexe II *bis* du règlement (CEE) n° 1408/71 ne s'est pas limitée aux États membres. Ceci n'est pas resté sans conséquences non plus pour les États de l'EEE. Ainsi la Cour de justice de l'AELE a-t-elle supprimé une prestation du Liechtenstein de l'annexe II *bis* du règlement (CEE) n° 1408/71 dans le texte de l'accord EEE ⁽⁸⁸⁶⁾.

C. Problèmes soulevés par cette jurisprudence

Sur la base de ces arrêts, l'on peut dès lors partir du principe:

- qu'il existe une nouvelle catégorie de prestations pour les prestations de dépendance;
- que celles-ci doivent être coordonnées de manière uniforme pour tous les États membres conformément aux règles de coordination du règlement (CEE) n° 1408/71 concernant les prestations de maladie, ce qui entraîne l'octroi des prestations en nature via l'organisme du pays de résidence ou de séjour à la charge de

l'État responsable, ainsi que l'exportation des prestations de dépendance en espèces.

En vertu de cette conclusion parfaitement logique sur le plan méthodologique, on doit se demander si ce résultat mène à des conséquences justifiables sur le plan de la politique sociale ⁽⁸⁸⁷⁾.

1. Hasard du cas initiateur

Il convient tout d'abord de souligner qu'en présence d'une intervention de la CJCE, le cas initiateur revêt toujours un caractère essentiel à mes yeux ⁽⁸⁸⁸⁾. Certes, il ne sert à rien de poser la question «que se passerait-il si», mais dans le cas des prestations de dépendance, elle s'impose toutefois à mon esprit. Que serait-il advenu si la CJCE avait d'abord dû se prononcer sur l'affaire *Jauch* et non sur l'affaire *Molenaar*? Je tiens à rappeler qu'en Autriche, en raison de l'évolution de la prestation et aussi de la structure organisationnelle, les allocations de dépendance au titre de la loi fédérale sur la dépendance sont bien plus proches des retraites que des prestations de l'assurance maladie. La CJCE aurait-elle alors classé les prestations de dépendance au titre de prestations d'invalidité sans jugement préconçu? Ceci aurait alors impliqué la mise en œuvre du titre III, chapitres 2 et 3, du règlement (CEE) n° 1408/71. Nous disposerions alors d'une coordination claire des prestations en espèces, mais pas pour les prestations de dépendance en nature. Les allocations de dépendance pourraient alors être calculées au prorata des périodes d'assu-

⁽⁸⁸⁵⁾ Selon mes expériences personnelles, il était exclu, avant cet arrêt, d'aborder le thème «coordination des prestations de dépendance» sur la scène européenne. En effet, ce sont surtout les représentants des trois États membres concernés qui ont contesté la présence d'un genre de catégorie de prestations générale en matière de prestations de dépendance. Pendant sa présidence de l'Union européenne en 2006, l'Autriche a essayé d'aborder le thème «Nouvelles voies de coordination des prestations de dépendance» au sein de la commission administrative et a échoué en raison de la résistance de ces trois pays.

⁽⁸⁸⁶⁾ Arrêt de la Cour de justice de l'AELE dans l'affaire E-5/06, Autorité de surveillance AELE/Liechtenstein, du 14 décembre 2007, concernant l'allocation de chômage selon la législation du Liechtenstein.

⁽⁸⁸⁷⁾ Il s'agit toutefois d'une vérification que la CJCE n'effectue normalement pas. Même lors de la recherche de motifs pour la restriction des libertés fondamentales, elle accepte en général comme justification des mesures restrictives l'équilibre financier des systèmes de sécurité sociale (par exemple concernant les restrictions de la libre prestation de services dans l'affaire C-385/99, Müller-Fauré et van Riet, 2003, Rec. p. I-4509). Toutefois, le fait qu'une interprétation du droit communautaire entraîne des résultats cohérents avec la politique sociale ne joue aucun rôle dans les décisions de la CJCE.

⁽⁸⁸⁸⁾ Ainsi, on en revient toujours à la question concrète formulée par le tribunal de renvoi. De mon point de vue, l'affaire C-352/06, Bosmann, 2008, Rec. p. I-3827 représente un très bon exemple. Dans cet ensemble de cas, il eut toutefois été intéressant pour tout le monde de savoir si le pays de résidence est tenu, malgré la responsabilité d'un autre pays en raison de l'exercice d'une activité professionnelle, de délivrer aussi les prestations prévues pour tous les habitants, et non de savoir (ce qui a en fait été demandé) s'il n'est pas habilité à délivrer des prestations en vertu de sa législation.

rance retraite. Je pars du principe que cette option aurait été la pire des solutions. D'une part, elle serait difficilement réalisable sur le plan administratif pour de nombreux États membres en raison des particularités de la situation juridique nationale et, d'autre part, elle aurait pu entraîner une augmentation considérable du nombre de litiges entre États ⁽⁸⁸⁹⁾. Forts de cette constatation, nous pouvons remercier le hasard que l'affaire Molenaar a précédé l'affaire Jauch.

2. L'exportation n'est pas réalisable sur le plan de la politique sociale

Toutes les prestations de dépendance ont pour objectif, en matière de politique sociale, d'assurer un niveau de prestations suffisant aux habitants d'un État membre. De nombreux facteurs jouent naturellement un rôle à cet égard, ceux-ci n'étant pas uniquement liés à l'État membre concerné. Dans le cas des prestations en espèces comme les allocations de dépendance, par exemple, le niveau des coûts dans le pays concerné (à combien s'élève le coût d'un soignant, d'une aide ménagère, de matériel d'assistance comme une chaise roulante, que coûte un régime alimentaire particulier, etc.), l'offre d'autres prestations (par exemple les établissements de soins mis à disposition par l'État membre concerné), mais aussi la présence d'autres avantages (comme, par exemple, l'utilisation gratuite des transports publics pour les personnes handicapées) sont particulièrement importants. Le législateur national prend en considération tous ces éléments lorsqu'il établit le montant de la prestation de dépendance en espèces. L'objectif en matière de politique sociale consiste dans un premier temps à faire en sorte que la combinaison de tous ces éléments assure une protection suffisante des personnes dépendantes.

Cet objectif est encore plus clair dans le cas des prestations combinées (combinaison des presta-

tions de dépendance en nature et en espèces). Dans ce cas, le législateur national veut uniquement assurer la protection nécessaire via cette combinaison.

Dès que l'allocation de dépendance est exportée dans un autre État membre, cette combinaison n'est plus adaptée. En particulier, il convient de souligner les aspects suivants:

- selon le niveau de coût dans le pays de résidence, l'allocation de dépendance exportée depuis un autre État membre peut s'avérer trop élevée (en cas d'exportation dans un pays à bas salaire) ou trop faible (en cas d'exportation dans un pays à salaire élevé), elle devient alors en partie un revenu complémentaire de la personne dépendante ou la prive de liberté, car elle ne peut couvrir les besoins nécessaires;
- il en va de même lorsque l'offre d'autres prestations est différente dans les deux États (par exemple un État met à disposition des places gratuites dans des établissements de soins publics ou instaure la gratuité dans les transports publics, l'autre pas);
- les prestations combinées entraînent également ce genre de conséquences; lorsque l'allocation de dépendance exportée atteint uniquement l'objectif politico-social conjointement avec les prestations de dépendance en nature, cet objectif ne peut être rempli lorsqu'il n'existe pas de telles prestations de dépendance en nature dans le pays de résidence; à l'inverse, une allocation de dépendance sensée couvrir tous les frais de soins selon la méthodologie du pays concerné, si elle est exportée dans un État membre qui propose uniquement des prestations combinées voire seulement des prestations de dépendance en nature, peut facilement devenir une surcharge indésirable.

Je le concède, cette particularité n'est pas forcément le propre des prestations de dépendance. Dans le cas de toutes les prestations en espèces exportées, le coût de la vie (niveau des coûts) exerce

⁽⁸⁸⁹⁾ En effet, chaque État devrait octroyer des prestations d'invalidité si la personne concernée a déjà obtenu des périodes d'assurance par le passé. En principe, la coordination au titre de prestation de maladie incombe toujours à un seul État membre, en l'occurrence celui qui est responsable des prestations de maladie.

toujours une incidence dans le pays de résidence concerné ⁽⁸⁹⁰⁾. Dans le cas des autres prestations, il existe également une combinaison entre les prestations en nature et en espèces, de telle manière qu'une exportation est toujours susceptible d'exercer un effet négatif ⁽⁸⁹¹⁾. Mais à chaque fois qu'une nouvelle catégorie de prestations fait l'objet d'une obligation d'exportation, nous assistons toujours au même résultat, sans l'ombre d'un doute. Dès que des carrières internationales entrent au jeu, la politique sociale nationale perd toute possibilité d'influence, si bien que ce qui constitue une combinaison équilibrée de différents éléments à l'échelle nationale, et qui atteint d'abord son objectif dans son ensemble, échoue de l'autre côté de la frontière. Il s'agit toutefois d'une conséquence inéluctable, aussi longtemps que l'Europe ne disposera pas d'un système uniforme de sécurité sociale.

Nous pouvons également tirer un autre enseignement important de la jurisprudence actuelle: même si les États membres intègrent les effets du droit communautaire dans la planification et la préparation politiques d'une nouvelle catégorie de prestations, ceci ne nous protège pas contre les mauvaises surprises. En Allemagne comme en Autriche, le système national a été conçu de telle sorte, lors de l'introduction des prestations de dépendance, que l'exportation des allocations de dépendance ne doit pas avoir lieu au regard du droit communautaire (en Allemagne via le plan destiné à créer des prestations en nature et en Autriche via le plan destiné à créer des prestations spéciales non contributives). Comme nous l'avons constaté, ces plans ne se sont pas réalisés. Dès lors, le législateur national reste toujours confronté à un risque résiduel

lors de l'introduction de nouvelles catégories de prestations, à savoir l'apparition de risques indésirables sur le plan de la politique sociale par le biais du droit européen, par exemple via une obligation d'exportation.

3. Conjonction de prestations en nature et en espèces qui poursuivent le même objectif

Pour terminer, j'aimerais aborder un autre aspect particulièrement insatisfaisant de la coordination des prestations de dépendance au titre de prestations de maladie. Jusqu'à l'apparition de cette nouvelle catégorie de prestations, l'exportation de prestations de maladie en espèces était une question relativement claire. Il s'agissait en priorité, en cas de maladie ⁽⁸⁹²⁾, d'allocations de maladie pour la population active destinées à empêcher les pertes de revenu dues à l'incapacité de travail pour cause de maladie. Les règles de coordination en vigueur ne posent aucun problème pour de telles prestations. Il est tout à fait logique que l'État membre où la personne concernée était assurée pendant son activité délivre la prestation après le début de l'incapacité de travail ⁽⁸⁹³⁾, et non le pays de résidence, par exemple. Il est également clair qu'il ne peut y exister de prestations en nature qui poursuivent le même objectif que l'allocation de maladie. Dès lors, toute cumulation de prestations visant le même objectif politico-social est impossible.

La mise en œuvre des règles de coordination du règlement (CEE) n° 1408/71 étendue aux nouvelles

⁽⁸⁹⁰⁾ C'est également le cas des retraites, par exemple; toutefois, il existe un réseau de sécurité pour celles-ci: si les retraites exportées depuis un autre État membre n'atteignent pas le montant considéré dans le pays de résidence comme la retraite minimale, le pays de résidence est tenu de relever la retraite étrangère à ce niveau — article 10, paragraphe 3, du règlement (CEE) n° 1408/71 selon lequel les retraites minimales non contributives qui sont généralement inscrites au titre de prestations non exportables dans l'annexe II *bis* du règlement (CEE) n° 1408/71, doivent également être délivrées pour les retraites étrangères.

⁽⁸⁹¹⁾ Cette combinaison existe par exemple pour les prestations d'invalidité, les prestations d'activation et de réhabilitation ou les allocations familiales, qui sont associées à des prestations en nature comme des places gratuites dans les jardins d'enfants, par exemple.

⁽⁸⁹²⁾ Au-delà de ces éléments, la règle relative à l'exportation du règlement (CEE) n° 1408/71 relatif aux prestations en espèces selon le titre III, chapitre 1, a également joué un rôle pour les prestations de maternité (allocations hebdomadaires), que je n'aborderai pas plus en détail, au sujet desquelles de nouveaux systèmes de prestation exerceront à nouveau une influence. De nombreux pays ont en effet introduit des prestations d'éducation pour les parents qui éduquent leurs enfants (souvent sur une période beaucoup plus longue étant donné que c'est indispensable en raison de la situation particulière de la mère du fait de la naissance, pendant laquelle la mère ne devrait pas travailler pour des raisons de sécurité, et souvent aussi pour les deux parents au choix). Plusieurs États considéraient ces prestations d'éducation pour la coordination comme des prestations de maternité et non des prestations familiales. La CJCE a également dû établir la clarté concernant ces nouvelles prestations (voir en particulier l'affaire C-275/96, Kuusijärvi, 1998, Rec. p. I-3419), en ce sens où elle a décidé, à l'encontre de la méthodologie nationale concernée, qu'il s'agissait uniformément de prestations familiales.

⁽⁸⁹³⁾ Par exemple en vertu de l'article 19 du règlement (CEE) n° 1408/71.

prestations de dépendance en espèces a mis en évidence une nouvelle catégorie de prestations qui n'avaient pas été imaginées pour ces règles. L'exemple suivant permet d'illustrer les conséquences de ces règles de coordination:

Un retraité autrichien réside en Allemagne, il perçoit exclusivement une retraite autrichienne. En raison de l'applicabilité de la coordination pour les prestations de maladie, l'Autriche est donc l'État membre responsable de l'assurance maladie ⁽⁸⁹⁴⁾. Dès lors, l'Autriche doit régler directement les prestations de maladie en espèces, tandis que l'Allemagne prend en charge des prestations de maladie en nature en qualité de pays de résidence au regard de la législation allemande, les frais inhérents à ces prestations en nature devant être remboursés par la caisse maladie autrichienne responsable ⁽⁸⁹⁵⁾. En raison de la prise en charge des coûts par l'Autriche, la caisse maladie autrichienne responsable de la pension autrichienne peut également conserver les cotisations pour l'assurance maladie du retraité ⁽⁸⁹⁶⁾.

Comme nous l'avons déjà constaté à plusieurs reprises, l'Autriche est donc tenue d'exporter son allocation de dépendance en Allemagne en cas de dépendance de ce retraité (ceci inclut, selon la méthodologie autrichienne, une contribution à toutes les dépenses relatives à la dépendance, et donc aussi, par exemple, aux coûts d'une aide à domicile payée par la personne dépendante). Mais étant donné que la législation nationale allemande prévoit également des prestations de dépendance en nature, elles peuvent également être perçues (par exemple une aide à domicile) ⁽⁸⁹⁷⁾ par le retraité autrichien. Toutefois, l'Autriche doit rembourser les

frais inhérents à cette prestation en nature. On risque alors d'être confronté à une situation où l'allocation de dépendance autrichienne n'est plus nécessaire du tout pour couvrir les frais supplémentaires dus à la dépendance de la personne dépendante (l'allocation de dépendance devient donc un revenu complémentaire); d'un autre côté, l'Autriche doit payer doublement: une fois via l'exportation de l'allocation de dépendance, puis une deuxième via le remboursement des frais pour les prestations de dépendance en nature octroyées en Allemagne ⁽⁸⁹⁸⁾.

Lors de l'élaboration du règlement (CE) n° 883/2004, cette cumulation des prestations représentait une question à laquelle le législateur européen recherchait une solution novatrice afin de déterminer comment continuer à appliquer, de manière générale, la coordination des prestations de maladie ⁽⁸⁹⁹⁾. Il est désormais prévu ⁽⁹⁰⁰⁾ que la prestation en espèces doit être minorée du montant de la prestation en nature qui peut être prise en considération pour la prise en charge des coûts par l'organisme obligatoire. En vertu du règlement (CE) n° 883/2004, en cas de recours à une aide à domicile en Allemagne, si le remboursement de la caisse de dépendance allemande à la personne apportant les soins à domicile s'élève à 200 euros, l'Autriche peut

⁽⁸⁹⁴⁾ En vertu de l'article 28, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 1408/71.

⁽⁸⁹⁵⁾ Article 28, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 1408/71, les frais n'étant pas calculés en fonction des coûts effectifs du cas en question, mais de manière forfaitaire en fonction des coûts moyens du traitement d'un retraité assuré en Allemagne — article 95 du règlement (CEE) n° 574/72 —; l'Allemagne a également inclus les frais inhérents aux prestations de dépendance en nature dans le calcul de ce montant forfaitaire (voir numéro 2 de la décision n° 175 de la commission administrative, JO 2005, L 47, p. 32).

⁽⁸⁹⁶⁾ Article 33 du règlement (CEE) n° 1408/71.

⁽⁸⁹⁷⁾ Concernant les prestations de dépendance en nature entrant en ligne de compte selon la législation allemande, voir articles 36 et suivants du SGB XI.

⁽⁸⁹⁸⁾ Mais le cas contraire est également problématique! En effet, si un retraité allemand seul vit en Autriche, il perd immédiatement, en vertu du règlement (CEE) n° 1408/71, son droit à prétendre à des prestations de dépendance en nature, étant donné que la législation autrichienne ne prévoit aucune prestation de dépendance en nature. Seule l'allocation de dépendance allemande est exportée vers l'Autriche, mais les prestations de dépendance en nature allemandes sont souvent considérées comme bien plus «précieuses» que l'allocation de dépendance allemande, ce qui peut être interprété comme une perte de droit. La CJCE étudie actuellement cette question dans le cadre de l'affaire C-208/07, Chamier-Gliscinski. L'avocat général Mengozzi a déjà indiqué dans ses conclusions du 11 septembre 2008 (non encore publiées) que cette perte totale de droits aux prestations de dépendance en nature allemandes est susceptible d'exercer une incidence néfaste sur la mobilité, si bien qu'elle est contraire à l'article 18 du traité CE.

⁽⁸⁹⁹⁾ Il a été impossible de prévoir une coordination distincte pour cette nouvelle catégorie de prestations, essentiellement en raison du fait que le nouveau règlement (CE) n° 883/2004 n'est pas parvenu à établir une définition claire des prestations de dépendance. La situation est donc restée inchangée, si bien que concernant les prestations de maladie, à l'exception du nouveau principe selon lequel il convient également de rembourser les frais effectifs et non forfaitaires pour les retraités, les prestations de dépendance en espèces étaient régies par exactement les mêmes principes que selon le règlement (CEE) n° 1408/71.

⁽⁹⁰⁰⁾ Article 34 du règlement (CE) n° 883/2004.

déduire ces 200 euros de son allocation de dépendance. Toutefois, la mise en œuvre de cette règle ne sera pas toujours si facile dans la pratique. Ainsi a-t-il été nécessaire d'apporter quelques clarifications supplémentaires dans le décret d'application du règlement (CE) n° 883/2004 ⁽⁹⁰¹⁾. Deux questions en particulier nécessitent une coopération approfondie entre toutes les parties prenantes: celle de savoir comment l'État membre responsable prend connaissance du montant du remboursement de la prestation de dépendance en nature et celle de savoir comment la personne dépendante est informée de ses droits et obligations (elle doit bien réfléchir pour déterminer quelle prestation est susceptible de l'avantager ou de la désavantager). Reste à savoir s'il s'agit de la solution idéale. Toutefois, il ne faut pas oublier que ce règlement représente tout de même, du point de vue méthodologique, une étape très importante. De fait, par le biais de ce règlement, le législateur européen a reconnu la position spéciale des prestations de dépendance dans la catégorie des prestations de maladie. Ce règlement représente donc peut-être le premier pas vers une coordination autonome des prestations de dépendance, que nous voulons aborder encore plus en détail dans la section suivante.

D. Quelles sont les issues possibles?

Les problèmes survenus dans la mise en œuvre des règles de coordination pour les prestations de maladie au niveau des prestations de dépendance, mais aussi et surtout les effets indésirables en matière de politique sociale, laissent entrevoir de nouvelles solutions, différentes de la coordination des prestations de maladie, qui semblent intéressantes. La question fondamentale consiste à déter-

miner s'il existe des solutions qui entraînent des résultats équitables, qui sont réalisables du point de vue administratif et qui correspondent aux principes élaborés par la CJCE. Dans la suite de cet exposé, nous allons aborder plusieurs pistes de solutions, qui ne peuvent toutefois nullement être définitives.

1. Toujours la compétence à l'État de résidence

Ne pourrait-on pas rédiger un nouveau chapitre dans le règlement (CE) n° 883/2004 pour les prestations de dépendance, selon lequel seul le pays de résidence doit délivrer les prestations, à savoir non seulement les prestations en nature (ceci ne changerait rien par rapport au statu quo) mais aussi les prestations en espèces (ceci serait nouveau, car il n'y aurait plus d'exportation dans ce cas). Naturellement, le premier argument contraire à une telle solution réside dans la jurisprudence actuelle de la CJCE concernant les prestations de dépendance. Toutefois, la CJCE a-t-elle vraiment établi très clairement que les allocations de dépendance doivent être exportées dans tous les cas? Elle ne l'a pas fait selon moi. Après la première décision selon laquelle les prestations de dépendance constituent des prestations de la sécurité nationale et relèvent donc du règlement (CEE) n° 1408/71, elle devrait plutôt procéder à la classification dans l'un des chapitres de coordination existants de ce règlement (absence d'un chapitre distinct pour les prestations de dépendance). Étant donné que, selon la CJCE, ces prestations correspondent de préférence au chapitre des prestations de maladie, l'exportation des prestations de dépendance en espèces constituait une conséquence logique et inéluctable.

Les prestations de sécurité sociale peuvent-elles être limitées à la population résidente dans un chapitre de coordination distinct? Les prestations spéciales non contributives inscrites à l'annexe II bis du règlement (CEE) n° 1408/71 représentent assurément un préjudice. Comme la CJCE l'a constaté, certaines prestations qui sont avant tout semblables à

⁽⁹⁰¹⁾ Article 31, paragraphe 1, du nouveau décret d'application. Ces clarifications complémentaires concernent surtout les prestations combinées. Dès lors, si dans l'État membre responsable une personne dépendante avait droit à une allocation de dépendance de 500 euros et à 500 euros supplémentaires au titre de prestations de dépendance en nature (soit un droit à des prestations de dépendance à hauteur de 1 000 euros), l'exportation des 500 euros d'allocation de dépendance dans un autre État membre ne peut être minorée si la personne dépendante reçoit des prestations de dépendance en nature à hauteur de 400 euros dans son pays de résidence, étant donné que la somme de 1 000 euros n'est pas encore dépassée (seuls 900 euros ont été dépensés).

l'aide sociale et sont étroitement liées à l'environnement social sont exclues de l'exportation, conformément aux principes du traité CE ⁽⁹⁰²⁾. De même, les prestations de dépendance sont sans nul doute étroitement liées à l'environnement social. Ainsi existe-t-il expressément la possibilité d'intégrer dans l'annexe II *bis* du règlement (CEE) n° 1408/71 les prestations qui servent uniquement à la protection spéciale des personnes handicapées. En tout état de cause, les prestations de dépendance sont très proches de cette catégorie de prestations ⁽⁹⁰³⁾. Toutefois, elles sont peut-être dépourvues du caractère d'une «prestation spéciale», étant donné qu'en règle générale tous les habitants y ont droit en vertu de la méthodologie nationale ⁽⁹⁰⁴⁾.

J'entrevois toutefois une autre possibilité d'aboutir au même résultat. D'après mes réflexions, la clé pourrait résider dans l'organisation complètement différente de ces prestations à l'échelle nationale (des prestations en nature aux prestations en espèces, en passant par les prestations combinées) ⁽⁹⁰⁵⁾. On devrait s'attacher à cette question et rechercher une coordination uniforme, indépen-

damment de la structure organisationnelle nationale. Il serait dès lors intéressant de connaître la réaction de la CJCE face à une coordination uniforme selon laquelle toutes les prestations de dépendance seraient coordonnées au titre de prestations en nature. Cette situation aurait pour conséquence que même les prestations de dépendance en espèces seraient encore uniquement octroyées par le pays de résidence, mais à la différence des prestations de l'annexe II *bis*, contre remboursement des frais par le pays responsable. De la sorte, on prendrait surtout en considération la situation juridique de plusieurs États membres, comme l'Allemagne, selon laquelle les prestations de dépendance sont financées par des cotisations, étant donné que les cotisations reçues feraient toujours l'objet d'une obligation de prestations de ce pays ⁽⁹⁰⁶⁾. Dès lors, en cas de résidence d'un retraité autrichien seul en Allemagne, l'Autriche ne devrait pas exporter l'allocation de dépendance autrichienne, mais rembourser l'intégralité des allocations de dépendance allemandes et ce, qu'il s'agisse de prestations en nature, de prestations combinées ou uniquement d'allocations de dépendance allemandes.

Selon moi, les avantages de cette solution sont évidents. Les personnes dépendantes reçoivent toujours l'ensemble des prestations de dépendance prévues dans le pays de résidence concerné; toute différence de traitement par rapport à la population locale est donc exclue ⁽⁹⁰⁷⁾, sans compter que

⁽⁹⁰²⁾ Voir par exemple l'affaire C-43/99, Leclere et Deaconescu, 2001, Rec. p. I-4265, ou l'affaire C-160/02, Skalka, 2004, Rec. p. I-5613.

⁽⁹⁰³⁾ Article 4, paragraphe 2, point a), ii), du règlement (CEE) n° 1408/71. La distinction entre ces prestations qui servent uniquement à la protection spéciale des personnes handicapées et les prestations de dépendance est tout sauf claire. Ainsi la CJCE a-t-elle même qualifié l'aide belge aux personnes handicapées en tant que prestation pour personnes handicapées au sens de l'annexe II *bis* du règlement (CEE) n° 1408/71, en application de l'accord d'association avec le Maroc (arrêt rendu le 27 avril 2004 dans l'affaire C-358/02, non encore publié au Recueil), bien qu'elle ait ensuite été rayée de l'annexe dans le cadre du règlement (CE) n° 647/2005, JO L 117, p. 1 (2005) — la suppression de cette prestation n'aurait-elle donc pas été tout à fait inutile?

⁽⁹⁰⁴⁾ Ces prestations pouvaient dès lors posséder plutôt la même caractéristique générale que l'aide luxembourgeoise à la maternité, qui avait entraîné, dans l'affaire C-43/99, Leclere et Deaconescu, 2001, Rec. p. I-4265, la suppression de cette prestation luxembourgeoise de l'annexe II *bis* du règlement (CEE) n° 1408/71. Naturellement, on pourrait avancer qu'aucune autre méthode de coordination n'était à disposition pour cette prestation luxembourgeoise, ni au titre de prestation spéciale non contributive ni au titre de prestation de maternité, mais cet arrêt semble se baser de manière générale sur une percée de l'obligation d'exportation conformément à l'article 42 du traité CE pour les prestations générales, c'est-à-dire les prestations offrant toutes une accessibilité similaire. Du reste, la CJCE a déjà rejeté explicitement le caractère de prestation spéciale au sens de l'annexe II *bis* du règlement (CEE) n° 1408/71 dans l'affaire Jauch concernant l'allocation de dépendance autrichienne. Dès lors, on peut plutôt partir du principe que seules les «véritables» prestations spéciales peuvent être exclues de l'exportation, de manière générale, sur la base de ces principes.

⁽⁹⁰⁵⁾ Comme nous l'avons déjà indiqué, une telle approche serait inédite et ne se retrouverait pas dans cette mesure dans d'autres domaines de prestation.

⁽⁹⁰⁶⁾ Selon la jurisprudence de la CJCE ainsi que la méthodologie de l'annexe II *bis*, la restriction à ses propres habitants sans prise en charge des frais pour les prestations spéciales non contributives par l'État membre responsable semble être limitée.

⁽⁹⁰⁷⁾ De cette manière, on pourrait aussi éviter une extension de l'arrêt de la CJCE dans l'affaire C-352/06, Bosmann, 2008, Rec. p. I-3827 au domaine des prestations de dépendance. De mon point de vue, il serait pure cohérence que le principe élaboré dans cet arrêt, selon lequel on ne peut refuser le droit aux prestations de l'ensemble des habitants du pays de résidence concerné, même en cas de responsabilité d'un autre État membre en vertu du titre II du règlement (CEE) n° 1408/71 (législation applicable), s'étende aussi aux prestations de dépendance pour l'ensemble des habitants. Toutefois, la portée de ce principe n'a pas encore été sondée définitivement. Le rapport du groupe de réflexion trESS à propos des «Nouvelles formes de mobilité» (disponible sous <http://www.tress-network.org>) avance par exemple la thèse selon laquelle on pourrait généraliser cet «arrêt Bosman» à la responsabilité d'un État membre, ce qui autoriserait aussi une responsabilité subsidiaire d'un pays dans lequel la personne concernée ne vit certes pas, mais face auquel elle peut revendiquer d'autres droits par le biais d'autres leviers.

cette solution prendrait au mieux en considération l'environnement social du pays de résidence.

Toutefois, les imperfections d'une telle solution sont tout aussi claires. D'une part, les États membres qui ne possèdent encore aucun système de prévoyance en matière de dépendance devraient quand même rembourser les prestations du pays de résidence ⁽⁹⁰⁸⁾. D'autre part, les pays responsables qui possèdent leur propre système de prévoyance seraient libérés de toute obligation de prestation, si les prestations ne sont pas du tout prévues dans le pays de résidence. Il convient toutefois de souligner qu'il ne s'agirait pas d'un phénomène nouveau dans le cas des prestations de dépendance, mais plutôt d'un effet naturel de la coordination des prestations de maladie ⁽⁹⁰⁹⁾. Vue de la sorte, cette solution présenterait donc quelques avantages.

Il convient également d'observer qu'il pourrait difficilement y avoir un État membre qui ne disposerait d'absolument aucune prestation, de quelque nature que ce soit, en cas de dépendance. Toutefois, plusieurs d'entre eux n'ont pas prévu de tels systèmes dans le cadre de la sécurité sociale, mais dans le cadre de l'aide sociale exclue par le règlement (CEE) n° 1408/71 ⁽⁹¹⁰⁾. Dès lors, la coordination peut uniquement être complète si tous les États membres incluent également leurs prestations de dépendance, qu'ils classent au titre de l'aide sociale. Je pars du principe que les déséquilibres frappants au premier regard entre les différents États membres seraient ainsi nettement moins pronon-

cés. Ce point mérite sans nul doute une réflexion plus approfondie ⁽⁹¹¹⁾.

2. Paiement des suppléments différentiels

Avec toutes les solutions comportant uniquement un État membre responsable, il demeure toutefois une incertitude: comment la CJCE procéderait-elle si l'on rejetait les droits plus élevés existants dans l'un des États membres. Si nous suivons la coordination actuelle, selon laquelle seul l'État membre responsable est tenu d'exporter les prestations de dépendance en espèces, ce cas est susceptible de se présenter si le pays de résidence octroie à tous ses habitants des prestations en espèces supérieures à celles du pays responsable. La coordination peut-elle exclure ces droits plus élevés octroyés à l'ensemble des habitants? Dans le cas des prestations familiales, cette situation est évitée en assurant au moins ce montant supérieur via un paiement de la différence ⁽⁹¹²⁾. Je pars du principe que l'on pourrait également régler explicitement cette situation pour les prestations de dépendance afin d'exclure tout arrêt divergent de la CJCE à l'avenir.

En suivant cette logique, on pourrait également prévoir une obligation du pays responsable de payer un montant différencié dans l'éventualité de l'établissement général de la responsabilité du pays de résidence, comme cela a été proposé dans le point précédent, afin d'éviter d'exposer les personnes concernées à de trop gros inconvénients dans le cadre des prestations en espèces. En vertu du nouveau modèle proposé, en cas de résidence d'un retraité autrichien seul en Allemagne, l'Allemagne devrait d'abord délivrer les prestations en nature, combinées ou en espèces, tandis que l'Au-

⁽⁹⁰⁸⁾ Le même effet toucherait également les États membres qui ont certes mis sur pied un système de prévoyance, mais qui, en raison du très faible niveau de vie, seraient confrontés, en cas de résidence de la personne dépendante dans un État membre doté d'un niveau de vie très élevé et donc de prestations de dépendance très élevées, à des exigences égales à plusieurs fois le montant de ses propres prestations.

⁽⁹⁰⁹⁾ Ici aussi, l'étendue et le niveau de coûts des prestations en nature qui doivent être remboursées par l'État membre responsable sont fonction de la situation du pays de résidence ou de séjour concerné.

⁽⁹¹⁰⁾ Article 4, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1408/71. Reste à savoir si, du point de vue du droit européen, il s'agit réellement de prestations d'aide sociale. Tant qu'il existe un droit envers ces prestations, il convient de partir du principe que celles-ci, indépendamment de la méthodologie nationale, font déjà partie de la sécurité sociale au sens du règlement (CEE) n° 1408/71 (voir par exemple l'affaire C-39/74, Costa, 1974, Rec. p. 1251).

⁽⁹¹¹⁾ L'intégration partielle de l'aide sociale dans les règlements de coordination n'a rien de nouveau. Ainsi des droits à l'aide sociale sont-ils déjà intégrés dans la demande de restitution de prestations non versées conformément à l'article 111, paragraphe 3, du règlement (CEE) n° 574/72.

⁽⁹¹²⁾ Ceci est établi très clairement dans le règlement (CE) n° 883/2004, à l'article 68. Je pars du principe que c'est aussi le cas aujourd'hui déjà — même si une famille, selon le règlement (CEE) n° 1408/71, est uniquement soumise à la législation d'un seul État membre qui n'est pas le pays de résidence —, si l'on étudie plus longuement l'arrêt rendu dans l'affaire C-352/06, Bosmann, 2008, Rec. p. I-3827.

triche devrait rembourser les coûts. Si toutefois le montant de la prestation de dépendance autrichienne devait être supérieur à la valeur des prestations allemandes (au total), l'Autriche devrait encore payer un montant différencié correspondant, en sa qualité de pays responsable. Une telle démarche s'avèrerait certes compliquée sur le plan administratif, mais résisterait sans nul doute à une vérification de la CJCE, car le montant le plus élevé serait garanti dans les deux États membres concernés. Cette solution n'est pas nouvelle non plus, mais figure déjà dans la coordination des prestations familiales ⁽⁹¹³⁾.

3. Adaptation au pouvoir d'achat de l'État de résidence

Une autre possibilité consisterait naturellement à maintenir l'exportation illimitée des prestations de dépendance en espèces comme principe de coordination, mais à adapter le montant au pouvoir d'achat du pays de résidence concerné. Si, en vertu de la législation nationale de l'État membre responsable, une allocation de dépendance à hauteur de 100 euros est exportée dans un autre pays où le coût de la vie représente seulement 75 % de celui du pays responsable, l'allocation de dépendance peut uniquement être payée à concurrence de 75 euros. Toutefois, cette solution pourrait s'avérer onéreuse pour plusieurs États membres, étant donné que cette adaptation devrait avoir lieu dans les deux sens. En effet, si l'allocation de dépendance est exportée dans un État membre dont le coût de la vie est plus élevé que celui de l'État membre responsable, de 150 % par exemple, le pays responsable devra majorer son allocation de dépendance à 150 euros ⁽⁹¹⁴⁾.

Naturellement, il convient au préalable de se demander si une telle solution peut être conforme aux principes du traité CE. On pourrait en effet rétorquer immédiatement qu'une telle situation s'est déjà présentée dans le règlement (CEE) n° 1408/71. En effet, la France avait obtenu, dans un premier temps, un régime spécial pour les prestations familiales et devait uniquement prendre en charge les coûts afférents aux prestations conformes en vertu de la législation des États membres où vivaient les enfants ⁽⁹¹⁵⁾, malgré le fait que tous les autres États membres devaient exporter l'intégralité du montant de leurs prestations. La CJCE a déclaré ce régime spécial accordé à la France contraire aux principes du traité CE ⁽⁹¹⁶⁾, si bien que la France a dû appliquer la coordination prévue pour tous les autres États membres, avec exportation du montant intégral des prestations familiales. Je ne suis pas sûr que ce soit réellement la limitation de l'exportation qui ait perturbé au premier plan la CJCE dans cette affaire, mais plutôt la coordination différente dans la relation entre la France et tous les autres États membres ⁽⁹¹⁷⁾. En tout état de cause, l'avocate générale Kokott a attiré l'attention sur l'affaire Hosse ⁽⁹¹⁸⁾ dans ses conclusions, dans lesquelles elle souligne la possibilité d'indexation des allocations de dépendance lors de l'exportation et ce, afin d'exclure les effets indésirables de l'exportation sur le plan de la politique sociale.

On peut certainement se demander si une telle indexation serait possible en vertu des principes stricts du traité CE. À titre personnel, je pense que ceci représenterait la solution la moins réaliste pour une nouvelle coordination des prestations de dépendance. Il s'agirait essentiellement d'une solution limitée aux prestations de dépendance en

⁽⁹¹³⁾ On pourrait également s'orienter sur ces règlements pour fixer les détails complémentaires indispensables, comme par exemple, lorsqu'il faut calculer les montants différenciés, leur fréquence de paiement, etc. (concernant les prestations familiales, voir les décisions n° 147, JO L 235 du 23.8.1991, p. 21, et n° 150, JO C 229 du 25.8.1993, p. 4, de la commission administrative).

⁽⁹¹⁴⁾ Ceci semble tout à fait inacceptable de prime abord; toutefois, n'oublions pas qu'il se passe toujours exactement la même chose dans le cadre du remboursement des coûts dans le domaine des prestations de maladie en nature — les coûts de l'État membre responsable s'alignent sur le niveau des coûts de l'État membre où sont délivrées les prestations.

⁽⁹¹⁵⁾ Article 73, paragraphe 3, du règlement (CEE) n° 1408/71 dans la version en vigueur à l'époque.

⁽⁹¹⁶⁾ Arrêt rendu dans l'affaire C-41/84, Pinna I, 1986, Rec. p. 1.

⁽⁹¹⁷⁾ Ainsi la CJCE explique clairement que la coordination est déjà de toute façon très complexe en raison des différents systèmes sociaux des États membres, de telle sorte qu'il est proscrit au législateur communautaire d'ajouter des différences supplémentaires (point 21 de l'arrêt).

⁽⁹¹⁸⁾ Conclusions dans l'affaire C-286/03, Hosse, 2006, Rec. p. I-1771, point 109, toutefois pas pour l'application du règlement (CEE) n° 1408/71, mais pour le règlement (CEE) n° 1612/68.

espèces. Elle ne permettrait pas de résoudre les problèmes dus à l'interaction des différentes prestations en espèces et en nature.

III. SYSTÈMES DE RETRAITE DES DEUXIÈME ET TROISIÈME PILIERS

Après avoir abordé une nouvelle catégorie de prestations dans le point précédent, pour laquelle le législateur européen n'est toujours pas parvenu à prévoir une nouvelle coordination appropriée, examinons à présent les prestations où une nouvelle réglementation a déjà pu avoir lieu.

A. Situation de départ

Par le passé, la situation était au moins relativement claire concernant les retraites. Le règlement (CEE) n° 1408/71 englobait tous les systèmes qui appartenaient presque exclusivement au «premier pilier»⁽⁹¹⁹⁾, c'est-à-dire qui prévoyaient une prise en charge de base de tous les habitants ou uniquement de la population active. Au-delà de ce premier pilier, l'on a assisté au développement, à divers degrés selon les conditions sociopolitiques au sein des différents États membres, des systèmes du «deuxième pilier», généralement qualifiés de systèmes de retraite d'entreprise, et des systèmes du «troisième» pilier, selon lequel il appartient à l'initiative privée de chacun d'organiser la partie manquante de la protection de vieillesse, auquel on attribue généralement les assurances privées sur lesquelles l'État peut par exemple influencer via des allègements fiscaux. Les systèmes des deuxième et troisième piliers ne reposaient pas, en règle générale, sur les «dispositions légales», si

bien qu'ils n'étaient pas soumis au règlement (CEE) n° 1408/71⁽⁹²⁰⁾. Naturellement, il est aussi intéressant d'examiner plus en détail quelles règles du droit communautaire s'appliquant à de tels systèmes qui échappent à la coordination prévue au règlement (CEE) n° 1408/71, surtout si les personnes concernées ont fait usage de la liberté de circulation. Je tiens donc à me limiter ici aux effets du règlement (CEE) n° 1408/71⁽⁹²¹⁾.

Les règles de calcul du règlement (CEE) n° 1408/71 pour une retraite relevant du règlement peuvent être représentées brièvement comme suit: si des périodes d'assurances ont été accomplies conformément à sa législation, chaque État membre vérifie d'abord si l'accomplissement desdites périodes entraîne un droit dans tous les États membres (donc tout au plus si les délais d'attente prévus par la législation nationale peuvent être comblés par toutes les périodes)⁽⁹²²⁾. La retraite est ensuite calculée selon une procédure à deux niveaux. Dans un premier temps, il convient de calculer le montant de la retraite théorique qui existerait si toutes les périodes d'assurance avaient été accomplies dans l'État membre concerné. Ce montant est ensuite divisé selon la participation de chacun à la somme de toutes les périodes d'assurance accomplies dans tous les États membres (méthode de calcul au pro-rata)⁽⁹²³⁾.

Cette méthode de calcul est la plus appropriée lorsqu'il s'agit de systèmes classiques financés par

⁽⁹¹⁹⁾ Il n'existe aucune définition juridiquement contraignante des systèmes de retraite du premier, deuxième ou troisième piliers. D'habitude, l'on attribue respectivement au premier, deuxième et troisième piliers les systèmes de prise en charge public, d'entreprise et privé (concernant cette répartition en relation avec le premier rapport autrichien sur la stratégie des retraites, voir M. Pörtl, B. Spiegel et H. Stefanits, «Österreichischer Rentenstrategiebericht — die europäische Dimension der österreichischen Pensionsdiskussion», dans *Soziale Sicherheit* (österreichischer), 2/2003, p. 56-72.

⁽⁹²⁰⁾ Concernant la définition des dispositions légales, voir l'article 1^{er}, paragraphe j, du règlement (CEE) n° 1408/71, où il est clairement établi que les dispositions conventionnelles (comme c'est souvent le cas des systèmes de retraite d'entreprise) ne sont pas reprises, même si elles sont déclarées généralement contraignantes par une décision ultérieure des autorités, à moins que l'État membre concerné n'opte pour la mise en œuvre du règlement (CEE) n° 1408/71 via une déclaration correspondante, ce qui n'a pratiquement jamais eu lieu jusqu'ici.

⁽⁹²¹⁾ En ce qui concerne la question du changement des systèmes européens de sécurité sociale, en particulier sur la privatisation des risques et les conséquences y afférentes pour la coordination prévue dans le règlement (CEE) n° 1408/71, mais aussi les autres effets d'une telle privatisation sur le plan du droit communautaire, voir «Meeting the Challenge of Change» publié par la Sociale Verzekeringsbank néerlandaise, qui constitue un recueil des contributions apportées lors de la conférence des 30 et 31 octobre 1997 à Noordwijk aan Zee.

⁽⁹²²⁾ Article 45 du règlement (CEE) n° 1408/71.

⁽⁹²³⁾ Article 46 du règlement (CEE) n° 1408/71.

le produit du prélèvement ⁽⁹²⁴⁾ du premier pilier. Prenons un exemple ⁽⁹²⁵⁾: la législation d'un État membre A donne un droit à la retraite après quinze années d'assurance. La retraite est établie sur la base de la moyenne des revenus au cours des dix dernières années. Sur cette moyenne, l'on calcule un montant de base de 30 % pour les dix premières années, et de 2 % par an pour les années restantes. Si un travailleur migrant a travaillé dix ans dans cet État membre A, puis a poursuivi son activité professionnelle pendant trente ans dans un autre État membre B, ces quarante années au total suffisent dans un premier temps pour donner un droit à la retraite dans l'État membre A. Le calcul doit s'effectuer comme suit: le montant théorique pour 40 ans s'élève à $30 \% + 30 \times 2 \% = 90 \%$; le montant retenu est toutefois minoré d'un rapport 10/40 au pro rata temporis, soit 22,5 %.

B. Intégration des régimes de capitalisation ou régimes de comptes de retraite dans le règlement (CEE) n° 1408/71

L'exemple calculé ci-dessus indique qu'utilisée dans des systèmes financés sur le produit du prélèvement, la méthode de calcul au prorata entraîne des résultats corrects et escomptés en matière de politique sociale. Si l'on part du principe que les systèmes sont identiques dans tous les États membres concernés, ce calcul fait en sorte qu'au total l'on atteigne un montant qui aurait été accumulé au cours d'une carrière passée dans un seul État membre ⁽⁹²⁶⁾ — ce test («que serait-il advenu si le travailleur migrant n'avait pas quitté l'État membre concerné») constitue la méthode classique utilisée par la CJCE pour dépister les préjudices interdits

que subiraient les travailleurs migrants ⁽⁹²⁷⁾. En outre, cette méthode entraîne une répartition équitable des coûts entre les États membres, conformément aux cotisations versées dans chacun d'entre eux. Selon cette méthode de calcul, peu importe en règle générale pour l'État membre concerné que la période couverte par l'assurance ait été accomplie pendant les premières années de travail ou seulement plus tard ⁽⁹²⁸⁾.

Toutefois, les régimes de retraite ont également évolué. La séparation classique entre les systèmes du premier pilier financés par le produit du prélèvement, et donc visés par le règlement (CEE) n° 1408/71, et les régimes de capitalisation ⁽⁹²⁹⁾ ou de comptes de retraite ⁽⁹³⁰⁾ des deuxième et troisième piliers, qui ne relèvent pas du champ d'application du règlement (CEE) n° 1408/71, s'est estompée de plus en plus. D'une part, de plus en plus d'États membres ont introduit des systèmes de deuxième pilier sur une base juridique, lesquels relèvent inéluctablement du champ d'application du règlement (CEE) n° 1408/71. Il s'agit essentiellement de pays qui, en plus d'une prise en charge de base avec prestations forfaitaires, disposent d'un système légal destiné à représenter aussi le revenu du travail dans la retraite. Citons à titre d'exemple les systèmes de la plupart des pays scandinaves,

⁽⁹²⁴⁾ En présence d'un financement sur le produit du prélèvement, il n'existe aucune relation directe entre les cotisations versées par une personne par le passé et la retraite future. Au contraire, le produit des cotisations actuel est immédiatement réparti entre les personnes qui sont déjà retraitées et sert au paiement de ces retraites.

⁽⁹²⁵⁾ Pour clarifier la méthode de calcul, nous prendrons un système fictif de calcul des retraites.

⁽⁹²⁶⁾ Ce qui signifie que l'on devrait s'appuyer sur des bases de calcul identiques, ce qui ne se présenterait jamais dans la pratique.

⁽⁹²⁷⁾ Concernant cette philosophie, voir par exemple l'affaire C-1/67, Cielchski, 1967, Rec. p. 235, ou l'affaire C-24/75, Petroni, 1975, Rec. p. 1149.

⁽⁹²⁸⁾ La valorisation des anciennes cotisations dans des systèmes financés par le produit du prélèvement n'exercera donc aucun effet négatif, étant donné que les périodes étrangères ne doivent quoi qu'il en soit pas être prises en considération lors de la détermination de la base de calcul — voir par exemple l'article 47 du règlement (CEE) n° 1408/71.

⁽⁹²⁹⁾ On parle généralement de régimes de capitalisation lorsque le système capitalise les cotisations versées (perçoit donc des intérêts sur le marché des capitaux) et que la retraite est ensuite versée conformément au capital présent (pour ce faire, on tient généralement compte de l'espérance de vie de la personne concernée, sur la base des «tables de survie»). Selon ces régimes de retraite qui agissent conformément au modèle des assurances-vie, on ne verse en moyenne plus de retraite supérieure au capital effectivement économisé.

⁽⁹³⁰⁾ Les régimes de comptes de retraites représentent une nouvelle solution pour laquelle un système de retraite continue certes de reposer sur la procédure de prélèvement (c'est-à-dire que les cotisations perçues sont directement utilisées pour le paiement des retraites en cours), mais où l'on simule un régime de capitalisation pour le calcul de la prestation. Ceci signifie que l'évolution en cours sur le marché des capitaux, ainsi que l'espérance de vie, exercent une incidence sur le droit individuel à prestation.

mais aussi celui de la Suisse ⁽⁹³¹⁾. D'autres pays ont décidé de convertir leurs systèmes du premier pilier en régimes de comptes de retraite, voire en régimes de capitalisation, afin de mieux gérer la future évolution, surtout en termes de coûts. Parmi ces régimes de comptes de retraite, citons à titre d'exemple ceux de plusieurs des nouveaux États membres, mais aussi de l'Allemagne et de l'Autriche. Étant donné que ces systèmes reposent ainsi sur des «dispositions légales» ⁽⁹³²⁾, ils relèvent aussi inévitablement du champ d'application concret du règlement (CEE) n° 1408/71.

Toutefois, le règlement (CEE) n° 1408/71 ne prévoit aucun régime particulier pour les régimes de capitalisation ou les régimes de comptes de retraite. C'est pourquoi il convient d'examiner plus en détail les effets de ce règlement.

C. Problèmes concernant la mise en œuvre de la méthode de calcul au prorata

La plupart des problèmes inhérents à ce type de prestation devraient résulter de l'application cohérente de la méthode de calcul au prorata ⁽⁹³³⁾. Comme indiqué précédemment, la personne concernée doit toujours être considérée comme si elle avait accompli toute sa carrière dans l'État membre concerné. Dans le cas des régimes de capitalisation ou des régimes de comptes de retraite, la question essentielle revient cependant toujours à déterminer à quel moment les cotisations ont été versées. Les cotisations versées à un stade précoce (en raison des intérêts et des intérêts cumulés sur ce capital) possèdent une valeur nettement plus

élevée dans la retraite ultérieure que les mêmes cotisations versées plus tard. L'exemple concret suivant permet de le démontrer:

Nous avons retenu délibérément cet exemple relativement facile ⁽⁹³⁴⁾. Nous partons du principe qu'une personne verse systématiquement un volume des cotisations annuel constant de 1 000 euros. Si l'on se base sur un intérêt moyen de 6 % ⁽⁹³⁵⁾, l'on obtient, pour une carrière qui commence en 1970 et dure jusqu'en 2009 (40 ans), compte tenu des intérêts et des intérêts cumulés, un capital de 164 948,78 euros ⁽⁹³⁶⁾. Étant donné que la prestation (pensions mensuelles) sera toujours tributaire du capital ainsi épargné, le calcul prévu par le règlement (CEE) n° 1408/71 gravite lui aussi exclusivement autour de ce facteur et non autour des montants mensuels ainsi obtenus automatiquement.

Par conséquent, si notre personne test a passé dix ans dans le pays concerné avec un régime de capitalisation, puis trente ans dans un autre État membre, la méthode classique de calcul au prorata nécessite impérativement de prendre en considération, sur ce capital théoriquement épargné pendant quarante ans, une part de 10/40, soit 41 237,20 euros, pour le calcul de la prestation mensuelle. Selon la philosophie de base d'un régime de capitalisation, l'on peut uniquement payer ce qui est effectivement présent dans le capital épargné (ou au moins en moyenne) ⁽⁹³⁷⁾. Ce qui est effectivement présent pendant les dix années d'appartenance au système

⁽⁹³¹⁾ Cette classification doit évidemment être considérée uniquement comme une approche très brute; chacun doit être conscient qu'il existe toujours de très nombreux niveaux intermédiaires et des cas extrêmes, étant donné que les systèmes sont très différents.

⁽⁹³²⁾ Article 1^{er}, paragraphe j, du règlement (CEE) n° 1408/71.

⁽⁹³³⁾ Divers États membres n'ont cessé d'avancer que la méthode de calcul au prorata ne pouvait être appliquée aux régimes de capitalisation ou aux régimes de comptes de retraite et que, dès lors, cette méthode de calcul ne posait aucun problème. Cette argumentation est toutefois irrecevable, étant donné qu'à défaut d'une dérogation dans le règlement (CEE) n° 1408/71, il convient toujours d'appliquer les principes généraux selon la jurisprudence actuelle de la CJCE (voir mes explications concernant les prestations de dépendance).

⁽⁹³⁴⁾ Cet exemple est tiré de la note autrichienne du 14 mai 2003 adressée à la commission administrative (CA.SS.TM. 156/03) qui suggère une modification du règlement (CEE) n° 1408/71 ou du règlement (CE) n° 883/2004 afin de prendre en considération les particularités des régimes de capitalisation ou des régimes de comptes de retraite.

⁽⁹³⁵⁾ Ce chiffre peut sembler irréaliste à la lumière de la conjoncture économique actuelle, mais il correspondait en 2003 à une prévision plutôt prudente et ne semblait donc pas si irréaliste à long terme.

⁽⁹³⁶⁾ Le calcul repose sur la formule suivante: $K_n = K_0 \times (1 + p/100)^n$ où « K_0 » représente le capital de départ, « p » le taux d'intérêt et « n » la période d'intérêt en années.

⁽⁹³⁷⁾ Cette considération de la moyenne dans les régimes de capitalisation repose sur l'idée selon laquelle pour les mêmes cotisations, un assuré vit plus longtemps et l'autre moins longtemps; via l'application de la moyenne, on ne paie pas plus que le capital effectivement présent dans la somme de tous les cas. Si un paramètre change (surtout le taux d'intérêt ou l'espérance de vie pour un âge de retraite déterminé), la prestation doit être adaptée.

dépend toutefois dans une large mesure du moment à partir duquel les cotisations ont été versées. Si ces dix années se situent au début de la carrière, c'est-à-dire de 1970 à 1979, le capital s'élève à 80 246,03 euros, c'est-à-dire près du double du capital à octroyer effectivement au titre de prestation. Mais si ces dix années se situent à la fin de la carrière, c'est-à-dire entre 2000 et 2009, le capital s'élève seulement (en raison des intérêts beaucoup plus faibles) à 12 655,86 euros, c'est-à-dire seulement un tiers environ du montant qui doit être pris en considération selon la méthode de calcul au prorata de la prestation. J'espère que cet exemple relativement simple illustre bien que la méthode de calcul au prorata n'est pas applicable aux régimes de capitalisation ou aux régimes de comptes de retraite.

Naturellement, il est vrai que le règlement (CEE) n° 1408/71 n'impose pas toujours l'utilisation du calcul au prorata. Ainsi, en cas de droit exclusif (c'est-à-dire lorsque aucun calcul global des périodes d'assurance n'est nécessaire pour la justification du droit) ⁽⁹³⁸⁾, il est aussi possible d'accorder uniquement le montant de la prestation calculé au niveau national ⁽⁹³⁹⁾. Toutefois, ceci nécessite que le calcul au prorata ne puisse entraîner aucune prestation d'un montant supérieur — dans le paragraphe précédent nous avons prouvé exactement le contraire, si bien que cette possibilité de fuite du calcul au prorata ne peut être appliquée.

D. Solution dans le règlement (CE) n° 883/2004

Devant l'insistance permanente de plusieurs États membres, la Communauté a décidé qu'une coordination autonome était nécessaire pour ces sys-

tèmes de prestations particuliers ⁽⁹⁴⁰⁾. Lors de la première modification du règlement (CE) n° 883/2004 ⁽⁹⁴¹⁾, l'on introduira des règles complémentaires dans ce règlement qui concernent les régimes de capitalisation et les régimes de comptes de retraite. Il est tout d'abord établi clairement que dans les systèmes où les périodes ne jouent plus aucun rôle dans le calcul, l'on peut toujours verser le montant national de la prestation (c'est-à-dire plus de comparaison avec une prestation hypothétique au prorata) ⁽⁹⁴²⁾. Ce règlement s'applique donc lorsqu'un calcul global des périodes d'assurance n'est pas nécessaire pour le droit à la prestation. Mais même si aucun calcul global n'est nécessaire, l'on peut aussi déterminer à partir de tels systèmes le montant national du calcul de la prestation (donc, ici non, plus pas de calcul au prorata). Afin que les États membres concernés puissent utiliser cette possibilité, une inscription dans une annexe spéciale est toutefois nécessaire ⁽⁹⁴³⁾, ce qu'ont fait plusieurs États membres. Dans la mesure où l'État membre cité dans notre exemple s'est fait inscrire dans cette annexe ⁽⁹⁴⁴⁾, les 80 246,03 euros ou les

⁽⁹⁴⁰⁾ Auparavant, il existait uniquement des solutions ponctuelles pour certains États membres dans l'annexe VI du règlement (CEE) n° 1408/71, par exemple l. France n° 5, S. Autriche n° 8 (concernant les régimes des professions libérales) et n° 10 (concernant le compte de retraite conformément à la loi générale sur les retraites) ou AA. Royaume-Uni n° 13.

⁽⁹⁴¹⁾ Le processus de réflexion nécessaire pourrait seulement prendre fin après l'achèvement du règlement (CE) n° 883/2004. Le nouveau décret d'application sera publié en même temps que la première modification du règlement (CE) n° 883/2004 qui contiendra non seulement les annexes manquantes du règlement (CE) n° 883/2004 (dans le JO L 200, p. 1, 2004, il manque toujours les annexes II, X et XI de ce règlement ainsi que les inscriptions des nouveaux États membres), mais aussi des clarifications dans le règlement proprement dit, qui se sont révélées particulièrement nécessaires lors des travaux sur les annexes et sur le nouveau décret d'application. Ces mesures se trouvent actuellement en phase finale de la prise de décision par le Parlement et le Conseil. À cet égard, les règles spéciales sur le droit de retraite représentées ne subiront plus aucune modification, étant donné que ce point fait déjà l'objet d'un accord avec le Parlement européen.

⁽⁹⁴²⁾ Article 52, paragraphe 5, du règlement (CE) n° 883/2004 dans la version du premier règlement portant modification.

⁽⁹⁴³⁾ Annexe VIII, section II, du règlement (CE) n° 883/2004 dans la version du premier règlement portant modification.

⁽⁹⁴⁴⁾ Dans un régime exclusivement fondé sur la capitalisation qui calcule les intérêts du capital sur la base des intérêts cumulés, il s'agit certainement d'un système dans lequel les périodes ne jouent aucun rôle dans le calcul de la prestation. Un tel système a toutefois été refusé par les autres États membres, par exemple dans le cas des prestations d'invalidité, où les périodes d'imputation nécessaires au calcul des prestations avaient pour effet d'augmenter la prestation, car il s'agit bel et bien de périodes. Il reste alors à de tels systèmes pour unique possibilité de s'inscrire à l'annexe VIII, section I, étant donné qu'en règle générale la prestation autonome est plus élevée que la prestation calculée selon la méthode du prorata.

⁽⁹³⁸⁾ Les «délais d'attente» ne jouent aucun rôle dans plusieurs des nouveaux régimes de capitalisation ou des régimes de comptes de retraite et donnent droit à des prestations après une très courte appartenance au système. Toutefois, il existe également des systèmes qui nécessitent encore de longs délais d'attente (comme le régime de comptes de retraite autrichien, avec 15 années d'appartenance au système); c'est pourquoi il existe aussi des cas, avec ces systèmes où un calcul global des périodes s'avère nécessaire pour délivrer un droit à prestations.

⁽⁹³⁹⁾ Article 46, paragraphe 1, point b), du règlement (CEE) n° 1408/71.

12 655,86 euros (selon la position dans le temps des cotisations) peuvent directement être utilisés pour le calcul de la retraite.

Toutefois, il a également été prévu à titre complémentaire, pour les États qui n'entraient pas en ligne de compte pour une inscription dans cette annexe, que lors du calcul au prorata dans des systèmes qui prennent en compte dans le calcul «d'autres facteurs non liés aux périodes», les périodes étrangères devraient toujours être justifiées à l'aide de la moyenne des bases de calcul propres par mois ⁽⁹⁴⁵⁾. Si l'on applique cette règle à notre exemple, l'État membre concerné utiliserait, pour les périodes étrangères, soit 80 246,03 euros divisés par 120, soit 12 655,86 euros divisés par 120 pour chaque mois à l'étranger dans le calcul au prorata, ce qui donne pour les 480 mois d'assurance présents dans les deux États membres (= 40 ans) un montant théorique de 320 984,12 euros ou 50 623,44 euros, qui ensuite correspond précisément à la base de départ nationale après réduction au pro rata temporis (120/480) ⁽⁹⁴⁶⁾. Ainsi, le montant à délivrer correspond précisément au capital effectif présent, même dans les cas où les périodes doivent être comptabilisées dans plusieurs États membres.

Le législateur communautaire a ainsi réagi aux nouveaux systèmes de prestations dans le domaine des retraites et a créé des règles de calcul raisonnables et praticables pour les régimes de capitalisation et les régimes de comptes de retraite. Il convient également de souligner que cette nouvelle réglementation s'est effectuée sans le moindre arrêt antécédent de la CJCE ⁽⁹⁴⁷⁾. Pourrait-on dès lors qualifier cette modification juridique de modèle de meilleure pratique sur la scène européenne?

⁽⁹⁴⁵⁾ Article 56, paragraphe 1, point d), du règlement (CE) n° 883/2004 dans la version du premier règlement portant modification.

⁽⁹⁴⁶⁾ Jusqu'ici, l'article 47 du règlement (CEE) n° 1408/71 relatif aux bases de calcul pour le calcul de la retraite ne contenait aucune règle appropriée pour les régimes de capitalisation ou les régimes de comptes de retraite.

⁽⁹⁴⁷⁾ Si l'on excepte l'arrêt rendu dans l'affaire C-205/05, Nemec, 2006, Rec. p. I-10745, dans lequel la CJCE a pris en considération les revenus étrangers ainsi que les revenus intérieurs pour le calcul d'une prestation. La nouvelle réglementation présentée n'exercera toutefois aucun effet sur cette problématique.

IV. PRESTATIONS D'ÉDUCATION

Si l'on étudie les nouvelles catégories de prestations, il serait incomplet de ne pas aborder les prestations d'éducation qui sont devenues dans de nombreux États membres une catégorie de prestations autonome pour le parent qui se consacre effectivement à l'éducation d'un enfant ⁽⁹⁴⁸⁾. Toutefois, une analyse détaillée de cette catégorie de prestations nécessiterait une étude à part entière ⁽⁹⁴⁹⁾. C'est pourquoi je n'aborderai ci-après que certains aspects pour ne pas négliger complètement ces prestations.

A. Situation de départ

L'on peut partir du principe que les prestations d'éducation, quel que soit le nom qui leur est attribué par les lois nationales et quel que soit leur aménagement du point de vue de la méthodologie nationale, sont considérées comme des prestations familiales pour la mise en œuvre du règlement (CEE) n° 1408/71 ⁽⁹⁵⁰⁾. C'est pourquoi la coordination telle qu'elle est prévue pour les prestations familiales doit s'appliquer à ces prestations sans la moindre restriction ⁽⁹⁵¹⁾.

⁽⁹⁴⁸⁾ Voir également les notes bibliographiques dans l'introduction.

⁽⁹⁴⁹⁾ Concernant la problématique de la coordination des allocations d'éducation, et aussi surtout concernant la situation spéciale du parent chargé de l'éducation, qui interrompt son activité professionnelle pour se consacrer à l'éducation d'un enfant, voir aussi U. Becker, «Die Koordinierung von Familienleistungen — Praktische und rechtliche Fragen der Anwendung der VO 1408/71», *Freizügigkeit und Soziale Sicherheit*, publié par B. Schulte et K. Barwig, Baden-Baden, Nomos, 1998, p. 210 et suivantes, ou encore E. Eichenhofer, «Deutsches Erziehungsgeld und Europäisches Sozialrecht», *deutsches SGB 10/97*, p. 449 et suivantes. Concernant la problématique du point de vue autrichien, voir S. Holzmann-Windhofer, «Kinderbetreuungsgeld für EG-Wanderarbeitnehmer», *Soziale Sicherheit* (österreichische), 1/2008, p. 26.

⁽⁹⁵⁰⁾ C'est ce qu'a établi la CJCE dans une série d'arrêts sur les différentes prestations — voir par exemple les arrêts rendus dans les affaires C-245/94, Hoefer et Zachow, 1996, Rec. p. I-4895, C-85/96, Martinez Sala, 1998, Rec. p. I-2691, C-275/96, Kuusijärvi, 1998, Rec. p. I-3419, C-153/03, Weide, 2005, Rec. p. I-6017 ou C-543/03, Dodl et Oberholzer, 2005, Rec. p. I-5049.

⁽⁹⁵¹⁾ Titre III, chapitre 8, du règlement (CE) n° 883/2004. Concernant les prestations familiales, je tiens déjà à exposer les dispositions du règlement (CE) n° 883/2004, car elles sont considérablement plus claires que celles du règlement (CEE) n° 1408/71, bien que les principes de la coordination soient restés pratiquement inchangés en ce qui concerne les prestations pour personnes actives.

B. Effets de la coordination générale des prestations familiales sur les prestations d'éducation

Tout d'abord, je tiens à rappeler les principes de coordination généraux pour les prestations familiales. Le lieu de résidence de l'enfant est sans importance, si bien que tout État membre responsable d'un parent en vertu de la législation en vigueur doit également octroyer des prestations familiales si les enfants vivent en dehors dudit État membre ⁽⁹⁵²⁾. Les deux parents peuvent prétendre à des droits. Dans ce cas, si les deux parents sont soumis à la législation nationale d'États membres différents, l'on est en présence de droits concurrents. Les règles en matière de priorités ⁽⁹⁵³⁾ permettent d'établir quel État membre est prioritairement responsable et doit donc octroyer en intégralité le montant prévu par sa législation. De même, elles permettent d'établir quel État membre n'est responsable qu'à titre subsidiaire et doit donc uniquement verser un montant différencié, si les allocations dans cet État sont plus élevées que celles de l'État prioritaire. L'État prioritairement responsable est celui où l'activité professionnelle est exercée. Si les deux parents exercent une activité professionnelle, l'État où vivent les enfants est en principe prioritairement responsable.

Sur la base de ces éléments, supposons l'exemple suivant: une famille vit dans un État membre A, où le père exerce une activité professionnelle. La mère est frontalière et travaille dans un État membre B. Conformément à la législation du travail de cet État membre B, elle a pris un congé d'éducation pour se consacrer à l'éducation de sa fille de 12 mois (la relation de travail avec l'employeur dans l'État B est maintenue) ⁽⁹⁵⁴⁾. Nous devons d'abord aborder les principes de coordination des allocations familiales

«normales» pour mieux comprendre les effets exercés sur les prestations d'éducation. Si l'allocation familiale s'élève à 100 euros dans l'État membre A et à 120 euros dans l'État membre B, selon cette situation juridique, l'État membre A, en tant que pays de résidence, doit payer en intégralité son allocation familiale de 100 euros en qualité d'État prioritairement responsable, tandis que l'État membre B doit majorer ce montant d'un paiement différencié de 20 euros.

C. Questions ouvertes qui doivent encore être réglées

Comme déjà indiqué, nous devons également appliquer la même coordination aux prestations d'éducation. Supposons que l'État membre A octroie une allocation d'éducation forfaitaire de 150 euros pour tous les habitants. Pour sa part, l'État membre B octroie une allocation d'éducation au titre de prestation remplaçant le revenu du travail, et ce uniquement à la population active, à concurrence de 80 % du dernier revenu perçu. (Dans notre exemple, la mère avait un revenu de 1 000 euros avant la naissance. En vertu de la législation nationale de l'État membre B, son allocation d'éducation s'élève donc à 800 euros.) Conformément à la coordination des prestations familiales, l'État membre A doit d'abord verser son allocation d'éducation (150 euros), tandis que l'État B peut uniquement payer la différence (soit 650 euros). Cet exemple à lui seul montre à quel point il est difficile d'expliquer la coordination pour de telles allocations d'éducation visant le remplacement du revenu. Les personnes concernées comprennent très rarement pourquoi l'État membre dans lequel elles exercent leur activité professionnelle ne verse pas l'intégralité de l'allocation. Sans compter que selon l'interprétation de certains États membres, les paiements différenciés doivent uniquement être effectués a posteriori à la fin de l'année ⁽⁹⁵⁵⁾.

⁽⁹⁵²⁾ Article 67 du règlement (CE) n° 883/2004.

⁽⁹⁵³⁾ Article 68 du règlement (CE) n° 883/2004.

⁽⁹⁵⁴⁾ Comme déjà indiqué actuellement dans la décision n° 207 de la commission administrative du 26 mai 2005 (JO L 349, p. 27, 2005), selon les dispositions du règlement (CEE) n° 1408/71, il convient d'assimiler le congé d'éducation à la poursuite de l'activité professionnelle, dans la mesure où la législation nationale l'autorise. Il n'est pas encore sûr qu'il en soit de même aux termes du règlement (CE) n° 883/2004.

⁽⁹⁵⁵⁾ Cette interprétation repose par exemple sur le point n° 1, e), de la décision n° 147 de la commission administrative du 10 octobre 1990 (JO L 235, p. 21, 1991) et sur le point n° 5 de la décision n° 150 de la commission administrative du 26 juin 1992 (JO C 229, p. 5, 1993).

Cette problématique est encore plus évidente si nous permutons les deux systèmes, c'est-à-dire si l'État membre A octroie à la famille une allocation d'éducation au titre de remplacement du revenu à concurrence de 80 % du dernier revenu perçu, tandis que l'État B délivre uniquement une allocation d'éducation forfaitaire à hauteur de 150 euros. Dans ce cas, l'État membre A est prioritairement responsable. Cet État doit-il payer l'allocation d'éducation de remplacement du revenu à hauteur de 800 euros, bien que la mère ait perçu ce revenu conformément à la législation nationale de l'État membre B ⁽⁹⁵⁶⁾? Que doit payer l'État membre A si la législation nationale prévoit certes une allocation d'éducation qui vise à remplacer le revenu de la personne active, mais aussi une allocation d'éducation forfaitaire pour les personnes inactives, à hauteur de 200 euros par exemple? Étant donné que la mère n'est pas soumise à la législation nationale de l'État membre A au titre de personne active (mais à la législation de l'État membre B), cet État peut-il uniquement octroyer la prestation destinée à la personne inactive (soit seulement les 200 euros et non les 800 euros calculés sur la base du revenu)? Naturellement, l'on pourrait encore imaginer une variante supplémentaire. Supposons que le père gagne 2 000 euros dans l'État membre A. Théoriquement, ce revenu pourrait aussi servir pour le calcul de l'allocation d'éducation, ce qui donnerait un droit de 1 600 euros ⁽⁹⁵⁷⁾. Reste à savoir comment procéder dans de telles situations, une question qui reste aujourd'hui sans réponse.

Au-delà de ces éléments, un problème tout aussi important subsiste: si nous partons du principe que dans le dernier exemple cité l'État membre A doit octroyer l'allocation d'éducation de 800 euros, quel montant différencié doit verser l'État membre B? Si l'on compare les différentes prestations ⁽⁹⁵⁸⁾, l'État

membre A octroie une allocation familiale de 100 euros et une allocation d'éducation de 800 euros, tandis que l'État membre B verse un montant différencié de 20 euros en raison de l'allocation familiale plus élevée, mais aucun montant différencié pour l'allocation d'éducation, étant donné que l'allocation d'éducation de l'État membre prioritairement responsable atteint déjà de toute façon 800 euros. Si l'on effectue une comparaison globale de toutes les prestations familiales, l'État membre B ne devrait verser aucun paiement différencié, étant donné que la somme de ses prestations familiales ($120 + 150 = 270$ euros) est inférieure à la somme des prestations prévues en vertu de la législation nationale de l'État membre A ($100 + 800 = 900$ euros) ⁽⁹⁵⁹⁾.

Ce sont seulement quelques questions parmi tant d'autres qui se posent dans le cadre de la coordination des prestations d'éducation selon les règles qui s'appliquent pour les autres prestations familiales générales. Malheureusement, même le processus de révision du nouveau règlement (CE) n° 883/2004 n'a pas été en mesure d'apporter des réponses convaincantes à toutes ces questions. Du point de vue du droit communautaire supérieur, toutes les pistes étaient d'ailleurs envisageables, en particulier concernant la question de savoir si la comparaison doit porter sur l'ensemble des prestations ou uniquement sur celles qui coïncident ⁽⁹⁶⁰⁾. Étant donné que les États membres n'adoptent pas une position commune sur ces points, les clarifications de la CJCE continueront probablement de susciter leur mécontentement. Aussi longtemps que le Conseil ne sera pas d'accord sur ces questions, nous laisserons de nouveau le champ libre à la CJCE.

⁽⁹⁵⁶⁾ Les arrêts rendus dans les affaires C-137/04, Rockler, 2006, Rec. p. I-1441, et C-185/04, Öberg, 2006, Rec. p. I-1453 tendraient dans cette direction. Toutefois, ils n'ont pas été rendus en vertu du règlement (CEE) n° 1408/71, mais sur la base de l'article 39 du traité CE, en référence à des fonctionnaires européens démissionnaires.

⁽⁹⁵⁷⁾ Selon les informations dont je dispose, cette solution aurait été proposée par l'administration suédoise dans l'affaire C-275/96, Kuusijärvi, 1998, Rec. p. I-3419.

⁽⁹⁵⁸⁾ Ce faisant, il reste toujours difficile de déterminer avec précision les prestations qui coïncident ou non.

⁽⁹⁵⁹⁾ La question de savoir si, en présence de montants différenciés, la comparaison doit porter sur toutes les prestations conjointement (théorie du «panier unique») ou uniquement sur celles qui coïncident (via la répartition grossière entre les allocations familiales normales et les allocations d'éducation, selon la théorie des «deux paniers»), a fait l'objet de débats animés au sein du Conseil dans le cadre de l'élaboration du nouveau décret d'application du règlement (CE) n° 883/2004. Toutefois, il serait impossible de trouver une solution consensuelle. Il en va de même pour la question de savoir s'il convient de prendre en considération la famille au complet ou uniquement d'effectuer le calcul comparatif par enfant.

⁽⁹⁶⁰⁾ En fin de compte, le montant le plus élevé a systématiquement été pris en considération dans la somme des prestations. Tout préjudice financier des personnes ayant recouru à la mobilité est ainsi exclu dans tous les cas.

V. SYNTHÈSE

Les nouvelles prestations représentent toujours un nouveau défi. En premier lieu pour les États membres qui doivent choisir le mécanisme de coordination idoine pour ces prestations. Si les États membres ne sont pas guidés dans ce choix, il faut s'attendre à l'absence de toute coordination uniforme, ce qui provoque l'insatisfaction des personnes concernées et des administrations des États membres. Idéalement, il appartient au législateur européen de les guider, en établissant clairement quelle méthode de coordination appliquer à quelle catégorie de prestations. En cas de problème concernant la mise en œuvre des principes existants pour les catégories de prestations restantes, il doit toujours être possible d'établir de nouveaux principes pour les nouvelles catégories de prestations. Actuellement, la commission administrative peut également jouer un rôle de pionnier en établissant au moins une fois qu'il s'agit d'une nouvelle catégorie de prestations qui n'est pas limitée à un seul État membre, et en préparant d'ores et déjà des propositions de solution. La solution la moins recommandable consiste à laisser le champ libre à la CJCE. En effet, elle n'a jamais d'autre possibilité que d'appliquer les principes de coordination

existants, sans compter qu'elle doit toujours classer les nouvelles catégories de prestations parmi celles qui s'en approchent le plus à ses yeux. Un choix qui peut dépendre des circonstances fortuites rencontrées dans un cas particulier. Toutefois, personne ne pourra le lui reprocher.

Il faut partir du principe que ce problème de coordination des nouvelles catégories de prestations se répétera sans cesse ⁽⁹⁶¹⁾. Comment peut-on essayer de tirer les enseignements du passé en adoptant une démarche proactive? Je suggère que les États membres prennent au sérieux leur devoir d'information mutuelle concernant toute modification de la situation juridique nationale susceptible d'affecter la mise en œuvre des règlements ⁽⁹⁶²⁾. Les autres États membres, au même titre que la Commission, devraient analyser ces informations plus en profondeur afin d'identifier à temps l'apparition de nouvelles catégories de prestations et de rechercher ensemble, aussi vite que possible, les principes de coordination les plus appropriés. Nous ne devons pas aspirer à une harmonisation des différents systèmes, mais à une harmonisation de la coordination. Malheureusement, une telle approche n'a été que trop rare par le passé.

⁽⁹⁶¹⁾ Selon les connaissances actuelles, les systèmes de protection sociale représentent les domaines juridiques qui connaissent l'évolution la plus rapide dans l'ensemble des États membres.

⁽⁹⁶²⁾ Article 76, paragraphe 1, point b), du règlement (CE) n° 883/2004.

SOINS DE SANTÉ TRANSFRONTALIERS: VERS UNE COORDINATION DES DEUX VOIES DE MOBILITÉ DES PATIENTS

Jean-Claude Fillon

Ministères chargés de la santé, de la solidarité et des comptes publics — Direction de la sécurité sociale ⁽⁹⁶³⁾ (France)

Jean-Claude Fillon est directeur adjoint de la Division des affaires communautaires et internationales de la direction de la sécurité sociale (DSS/DACI) des ministères français en charge de la solidarité, de la santé et des finances publiques. À ce titre, il traite en permanence du règlement (CEE) n° 1408/71 et de sa mise en œuvre. Il est membre de la Commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants.

Jean-Claude Fillon est membre du trESS depuis quatre ans. Il a participé à plusieurs séminaires nationaux du trESS en qualité d'expert invité. Il est également membre du Groupe de réflexion du trESS.

Auteur de plusieurs publications, il a notamment rédigé récemment Fillon, J.-C., «Soins transfrontaliers: les conséquences d'une approche marchande», *Liaisons Sociales Europe*, 2009, 223, 5-8.



I. PANORAMA DE L'EXISTANT

A. Une, puis deux voies pour la prise en charge des soins transfrontaliers

1. La voie réglementaire

a) Le règlement (CEE) n° 1408/71

Dès 1959 et le règlement 3 la voie que l'on appelle communément voie du règlement ou première voie d'accès aux soins transfrontaliers a été ouverte avec son premier volet concernant l'accès sans autorisation préalable aux soins d'urgence (*lorsque son état vient à nécessiter immédiatement des soins médicaux*) pendant un séjour temporaire sur le territoire d'un autre État membre. Le second volet, concernant l'accès avec autorisation préalable aux soins dits programmés (*qui va se faire soigner sur le territoire d'un autre État membre sans pour autant y transférer sa résidence*), est apparu en 1964 avec le

règlement n° 73/63/CEE, le règlement n° 3 dans sa version initiale ne prévoyant, toujours avec autorisation préalable, que la conservation par le travailleur admis au bénéfice des prestations dans l'État de sa résidence de ce bénéfice lorsqu'il transférerait sa résidence sur le territoire d'un autre État membre.

Cette voie ainsi ouverte a vu son importance croître avec l'augmentation permanente du champ des bénéficiaires, d'abord par une interprétation jurisprudentielle de la notion de travailleur considéré comme un travailleur assuré et s'étendant aux personnes couvertes par un régime de travailleurs, évolution traduite dans la description de cette notion dans le règlement (CEE) n° 1408/71, puis par l'extension de ce dernier successivement aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille, aux étudiants et membres de leur famille et aux ressortissants d'État tiers en situation de résidence légale dans un État membre, via le règlement (CE) n° 859/2003, pour ceux d'entre eux qui étaient exclus de l'application du règlement (CEE) n° 1408/71 du

⁽⁹⁶³⁾ Cette contribution exprime les vues personnelles de l'auteur et n'engage que lui-même.

seul fait de leur nationalité. S'agissant tout spécialement du volet soins d'urgence pendant un séjour temporaire le Conseil avait d'ailleurs depuis longtemps anticipé sur le règlement (CE) n° 883/2004 en élargissant l'application de ces dispositions à toute personne (ressortissante communautaire) couverte par la législation d'assurance maladie d'un État membre.

Il n'est pas inutile de noter que cette importance n'est pas non plus étrangère au passage de 6 États concernés à 27, et à 31 avec l'extension aux États de l'EEE non membres de l'UE et à la Suisse (qui a confirmé en février dernier par une votation populaire l'importance qu'elle attache au maintien de l'accord passé avec l'UE sur la libre circulation des personnes).

Mais qualitativement les dispositifs ont évolué au cours du temps. Pour le premier volet, celui des soins de séjour, l'approche catégorielle du règlement (CEE) n° 1408/71, due à des extensions personnelles par étapes, alliée à la jurisprudence Pierik (117/77 et 182/78) ont conduit à une situation paradoxale où les travailleurs actifs en séjour avaient moins de droits que les pensionnés en séjour temporaire. Parallèlement à l'instauration de la carte européenne d'assurance maladie, le règlement (CE) n° 631/2004 a procédé à un alignement par le haut des droits des différentes catégories. Pour les actifs le passage s'est ainsi fait des soins d'urgence (*dont l'état vient à nécessiter immédiatement des prestations au cours d'un séjour sur le territoire d'un autre État membre*) à la nouvelle norme commune des soins de séjour (*dont l'état vient à nécessiter des prestations en nature nécessaires du point de vue médical au cours d'un séjour sur le territoire d'un autre État membre, compte tenu de la nature des prestations et de la durée prévue du séjour*).

Pour le second volet, celui des soins programmés, l'évolution a concerné les conditions dans lesquelles l'autorisation préalable ne peut être refusée au patient. Dans sa version initiale le règlement (CEE) n° 1408/71, innovant par rapport au règlement n° 3, prescrivait simplement que cette autori-

sation «ne peut pas être refusée lorsque les soins dont il s'agit ne peuvent pas être dispensés à l'intéressé sur le territoire de l'État membre où il réside». La Cour dans ses arrêts Pierik déjà cités a indiqué que le caractère déterminant ainsi donné aux exigences médicales pouvait conduire à l'obligation d'accorder une autorisation alors même que les soins en cause ne figuraient pas dans le panier de soins du régime de l'État compétent. Mais pour redonner le pouvoir d'appréciation aux institutions pour le compte desquelles les prestations sont servies le règlement (CEE) n° 2793/81 a durci la disposition en fixant que désormais l'autorisation «ne peut pas être refusée lorsque les soins dont il s'agit figurent parmi les prestations prévues par la législation de l'État membre sur le territoire duquel réside l'intéressé et si ces soins ne peuvent, compte tenu de son état actuel de santé et de l'évolution probable de la maladie, lui être dispensés dans le délai normalement nécessaire pour obtenir le traitement dont il s'agit dans l'État membre de résidence». Panier de soins et files d'attente sont opposables. On verra que le nouveau règlement (CE) n° 883/2004, au vu de la jurisprudence de la Cour, retient une rédaction plus ouverte ne permettant plus d'opposer les temps d'attente habituels pouvant exister dans l'État concerné.

Conceptuellement, ce qui caractérise en premier lieu cette voie, c'est que la prise en charge des soins reçus est effectuée par le régime d'assurance maladie de l'État où ces soins sont reçus pour le compte du régime compétent dont relève l'assuré, celui-ci bénéficiant des prestations en nature du régime local «comme s'il y était assuré», seule la durée de service des prestations, la durée du droit restant régie par la législation de l'autre État.

La seconde caractéristique majeure est le départ qui est fait entre les soins dits de séjour pour lesquels l'accès, selon la réglementation de l'État où ils sont reçus, se fait sans autorisation préalable de l'État compétent, et ce quelle que soit la nature, hospitalière ou non, de ces soins, et les soins dits programmés, pour lesquels une autorisation préa-

lable est nécessaire, toujours quelle que soit la nature, hospitalière ou non, desdits soins.

b) Le règlement (CE) n° 883/2004

Le nouveau règlement de coordination ne bouleverse pas la voie offerte par le précédent règlement, mais l'aménage et la complète.

Aménagement tout d'abord pour le volet soins programmés dans la mesure où désormais l'autorisation préalable ne pourra plus être refusée «lorsque les soins dont il s'agit figurent parmi les prestations prévues par la législation de l'État membre sur le territoire duquel réside l'intéressé et que ces soins ne peuvent lui être dispensés dans un délai acceptable sur le plan médical, compte tenu de son état actuel de santé et de l'évolution probable de la maladie». Le panier de soins reste opposable, mais plus les files d'attente habituelles si l'état de santé de l'intéressé nécessite un accès plus immédiat aux soins demandés. L'influence de la jurisprudence qui sera examinée au point suivant est évidente et la volonté est d'unifier les critères pouvant justifier un refus d'autorisation, en les alignant sur les plus restrictifs, ceux de la jurisprudence.

Complément ensuite et ce de deux manières. En premier lieu les dispositions subsidiaires de l'article 34 du règlement (CEE) n° 574/72, qui feront l'objet d'un développement infra au point B.2.c), concernant les seuls soins de séjour sont étendues aux soins programmés et deviennent les modalités principales de remboursement dans les deux cas des dépenses engagées par les assurés qui ont ainsi d'entrée de jeu la possibilité de se faire rembourser soit aux tarifs pratiqués par l'État de séjour, soit aux tarifs pratiqués par l'État compétent, selon qu'ils s'adressent à l'institution du lieu de séjour ou à l'institution compétente (celle-ci pouvant faire l'un ou l'autre, selon le choix des intéressés si les deux options sont possibles).

En second lieu, et c'est le plus important peut-être pour notre sujet, est introduit pour les seuls soins

programmés ce que l'on peut qualifier d'équivalent du complément *Vanbraekel* [voir ci-après point B.2.b)], puisque l'assuré, qui aura initialement choisi une prise en charge selon les tarifs de l'État où les soins ont été reçus et qui aura lui-même effectivement pris en charge tout ou partie du coût du traitement, pourra demander à l'institution compétente un remboursement complémentaire, dans la limite des dépenses qu'il aura effectivement supportées, si le montant des dépenses prises en charge par l'institution du lieu des soins (remboursé a posteriori par le régime compétent) s'avère inférieur au montant de dépenses qu'aurait supporté l'institution compétente si les soins avaient été reçus dans l'État compétent.

On notera ainsi que si les deux caractéristiques principales de cette voie demeurent avec le nouveau règlement, la première se transforme puisque dans toutes les situations les deux options sont offertes, et parfois en complément l'une de l'autre, celle d'une prise en charge selon les tarifs de l'État des soins et celle d'une prise en charge selon les tarifs de l'État compétent.

2. La voie jurisprudentielle

a) De Decker/Kohl à Stamatelaki

Inaugurée par les deux arrêts historiques du 8 avril 1998 Decker (C-120/95) et Kohl (C-158/96), puis confirmée et approfondie au fil des arrêts *Vanbraekel* (C-368/98), *Smits et Peerbooms* (C-157/99), *Müller-Fauré et Van Riet* (C-385/99), *Inizan* (C-56/01), *Commission/France* (C-496/01), *Leichtle* (C-8/03), *Watts* (C-372/04) et *Stamatelaki* (C-444/05), provisoirement le dernier, une jurisprudence de la Cour de justice a ouvert une seconde voie de prise en charge de soins transfrontaliers, fondée sur les libertés économiques du marché intérieur.

Rappelant que le déplacement d'un patient dans un autre État membre pour acheter des produits et services sanitaires constituait bien des achats de marchandises et de services au sens du traité CE et

que le fait qu'il s'agisse de remboursements de dépenses médicales par une institution de sécurité sociale ne changeait pas la nature de marchandises ou de services des produits et soins achetés dans un autre État membre, la Cour a considéré que le fait pour un régime de sécurité sociale, quelle que soit sa nature, de n'intervenir que dans le périmètre de son territoire national en matière de service de prestations en nature ou de remboursement des dépenses de soins constituait une entrave, selon le cas, à la libre circulation des marchandises ou à la libre prestation des services.

Les régimes des États membres doivent donc sans restriction procéder au remboursement des dépenses de soins exposées par leurs assurés dans un autre État membre dans la limite du coût qu'ils auraient supporté ou du montant du remboursement qu'ils auraient accordé si les mêmes soins avaient été reçus sur le territoire national ou dispensés par les personnels et structures du service sanitaire national. Les conditions d'accès aux soins ou de remboursement existant sur le territoire national, telles que le passage obligé par un praticien généraliste pour consulter un spécialiste, sont applicables aux soins reçus dans un autre État membre pour autant qu'elles ne soient pas discriminatoires dans leur nature ou dans leurs modalités d'application.

La Cour a admis cependant qu'une entrave, une restriction à ces libertés peut être admise si elle est justifiée et a envisagé à ce jour trois éléments constituant autant de raisons impérieuses d'intérêt général justifiant le recours à un système d'autorisation préalable, à condition en outre que ce système soit proportionné et qu'il offre des garanties procédurales suffisantes:

- un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale de l'État concerné;
- la nécessité de maintenir un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous pour contribuer à la réalisation d'un niveau élevé de protection de la santé;

- la nécessité du maintien d'une capacité de soins ou d'une compétence médicale sur le territoire national, considérée comme essentielle pour la santé publique, voire même pour la survie de la population dudit État.

Pour être prise en compte l'atteinte à l'équilibre financier d'un régime de sécurité sociale doit être effective, continue et importante, mais par contre, s'agissant des deux autres justifications, la Cour a considéré qu'elles étaient constituées par nature pour les soins hospitaliers, concluant que «l'exigence consistant à soumettre à une autorisation préalable la prise en charge financière par le système national de sécurité sociale de soins hospitaliers dispensés dans un autre État membre apparaît comme une mesure tout à la fois nécessaire et raisonnable (Watts, déjà cité, point 110)».

L'obligation de proportionnalité a par ailleurs conduit la Cour de justice à considérer que l'autorisation préalable, demandée dans le cadre d'un système d'autorisation ainsi justifié, ne peut être refusée, s'agissant d'un traitement pris en charge par le régime de l'État compétent, que lorsqu'un traitement identique ou présentant le même degré d'efficacité pour le patient peut être obtenu en temps opportun dans cet État (avec prise en charge par son régime), compte tenu de la situation médicale du patient.

Cette voie nouvelle, dite aussi voie du traité, possède donc deux caractéristiques principales très différentes de celles de la voie du règlement. La première est que cette fois c'est le régime habituel de l'assuré, celui de l'État compétent, qui s'applique directement pour lui rembourser dans les conditions et selon les tarifs de ce régime les dépenses de soins exposées dans un autre État membre. La seconde est que subsiste une possibilité d'autorisation préalable, mais uniquement pour les soins hospitaliers.

On notera également que toutes les affaires citées ci-dessus visaient des soins programmés et que la

Cour n'a pas encore à ce jour eu à se prononcer sur l'applicabilité de cette jurisprudence à des soins de séjour. Mais elle devrait être prochainement amenée à trancher cette question dans l'affaire Commission/Espagne (C-211/08).

b) La proposition de directive

Après l'exclusion du secteur santé de la proposition de directive sur les services dans le marché intérieur, la Commission a publié le 26 septembre 2006 une communication lançant une consultation ⁽⁹⁶⁴⁾ concernant une action communautaire dans le domaine des services de santé. Les résultats de cette large consultation ont nourri les réflexions qui ont abouti à la transmission le 2 juillet 2008 au Conseil et au Parlement européen, au sein d'un paquet social, de la proposition de directive relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers ⁽⁹⁶⁵⁾.

En dépit de son titre, cette proposition a un champ plus large que la seule fixation d'un cadre pour les soins de santé transfrontaliers, puisqu'elle s'articule autour de trois axes dont les deux autres concernent des principes communs pour tous les systèmes de santé de l'Union (qualité et sécurité des soins) et une coopération européenne en matière de soins de santé (réseaux européens de référence, santé en ligne...).

Seul le premier axe, annoncé comme une transposition et une systématisation de la jurisprudence mentionnée au point a) ci-dessus, nous intéresse ici.

À cet égard on retrouve donc dans la proposition le principe (article 6) d'une prise en charge par l'État membre d'affiliation, sous forme de remboursement, des dépenses exposées par les patients/assurés dans un autre État membre selon la législation que cet État applique, ceci valant aussi bien pour déterminer les soins qui sont remboursables

(panier de soins national), pour fixer le montant du remboursement dans la limite des coûts réellement supportés en fonction du coût qui aurait été supporté si les soins avaient été reçus dans l'État d'affiliation et enfin pour imposer les mêmes conditions, critères d'admissibilité et formalités réglementaires et administratives afférentes aux soins, que celles qui sont imposées pour les soins de même nature reçus sur le territoire national, sous réserve qu'elles ne constituent pas bien sûr une discrimination ou une entrave à la libre circulation.

La même différence est faite entre les soins non hospitaliers dont le remboursement ne peut être conditionné par aucune autorisation préalable (article 7) et les soins hospitaliers.

Ces derniers (article 8) sont d'abord définis de façon large comme étant les soins de santé qui nécessitent le séjour du patient à l'hôpital pour au moins une nuit et ceux qui, énumérés dans une liste expresse établie et régulièrement mise à jour par la Commission assistée d'un comité ad hoc, ne nécessitent pas le séjour du patient à l'hôpital pour au moins une nuit, mais pour lesquels un recours à des infrastructures ou à des équipements médicaux hautement spécialisés et coûteux ou qui sont associés à des traitements exposant le patient ou la population à un risque particulier.

L'État membre d'affiliation peut soumettre le remboursement de ces soins hospitaliers à autorisation préalable, la proposition indiquant que chaque État peut établir un système d'autorisation préalable pour la prise en charge par son système de sécurité sociale des soins reçus dans un autre État membre et faisant partie de son panier de soins national afin d'éviter que cette prise en charge porte ou soit susceptible de porter «une atteinte grave à l'équilibre financier de son système de sécurité sociale et/ou à la planification et à la rationalisation mises en place dans le secteur hospitalier dans le but d'éviter toute surcapacité hospitalière, tout déséquilibre dans l'offre de soins hospitaliers et tout gaspillage logistique et financier, au maintien

⁽⁹⁶⁴⁾ SEC(2006) 1195/4.

⁽⁹⁶⁵⁾ COM(2008) 414 final.

d'un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous ou au maintien de la capacité de traitement ou des compétences médicales sur son territoire». Il est ajouté qu'un tel système doit se limiter à ce qui est nécessaire et proportionné pour éviter un tel effet et ne doit pas constituer un moyen de discrimination arbitraire et que l'État membre doit rendre publique toute information pertinente relative aux systèmes ainsi introduits.

Des dispositions régissent également les garanties de procédure que doivent offrir ces systèmes d'autorisation préalable (article 9) et le droit à l'information des patients sur le recours à des soins de santé transfrontaliers (article 10), fixent le principe de la compétence de la législation de l'État où les soins sont reçus pour les règles applicables à ces soins (article 11) et imposent aux États membres de désigner des points de contact nationaux pour les soins de santé transfrontaliers. On notera enfin que les liens avec le règlement (CEE) n° 1408/71 [puis (CE) n° 883/2004] sont envisagés en termes d'application séparée et de compétence exclusive — si le règlement s'applique, la directive ne s'applique pas et réciproquement — par l'article 3, mais avec une priorité tout de même donnée par l'article 9 au droit ouvert au titre du règlement si les conditions ne permettant pas de refuser l'autorisation préalable sont remplies. Nous verrons plus loin que ces formulations sont liées à une lecture critiquable des dispositions pertinentes des règlements.

Le Conseil s'est déjà livré à un premier examen de cette partie de la proposition sous présidence française et des consensus sont apparus sur un certain nombre de lignes de force. Tout d'abord rappeler que la santé est un domaine qui relève essentiellement de la compétence nationale et que la directive ne doit ni fixer de nouvelles obligations aux États membres, ni, sous couvert de la jurisprudence de la Cour de justice, donner des pouvoirs réglementaires à la Commission.

Ensuite transposer la jurisprudence de la Cour de justice et rien que cette jurisprudence, sans cher-

cher à s'en écarter par des dispositions trop restrictives, le risque étant alors de créer par cette directive une troisième voie puisqu'une voie jurisprudentielle continuerait alors à exister pour les éléments ou les situations non couvertes par la directive, tournant ainsi totalement le dos aux objectifs de clarification et de simplification.

Enfin marquer la pleine autonomie de la directive face au règlement et réciproquement, celui-ci étant destiné à terme à s'enrichir par des dispositions de simplification, de coordination et d'harmonisation des deux voies.

Une majorité d'États membres ont pu à ce stade, et sous toute réserve sur la rédaction de textes amendés, soutenir les grandes modifications suivantes:

- Extension du champ couvert à tous les soins de santé, définis comme l'ensemble des produits et services fournis ou prescrits par un professionnel de santé exerçant légalement son activité dans l'État où les soins sont reçus, en lieu et place d'une définition proposée se limitant aux services fournis par des professionnels de santé relevant d'une profession réglementée au sens de la directive 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles. L'objectif est de prendre en compte le caractère généraliste de la jurisprudence et d'éviter la création d'une troisième voie, comme indiqué plus haut.
- Sans préjudice du maintien d'une définition générique des soins hospitaliers et spécialisés, fixation au niveau national, jugé plus légitime et plus approprié, de la liste de ces soins (nécessitant une autorisation préalable pour être admis au remboursement), plutôt qu'au niveau communautaire par la Commission comme prévu dans la proposition. L'objectif du Conseil est ici à la fois de garder au niveau national la maîtrise d'une définition s'avérant essentielle pour la justification et le bon fonctionnement du système d'autorisation préalable, ainsi que pour la préservation de la compétence nationale en matière d'organisation et de fourniture

des soins de santé, et d'assurer la souplesse et l'adaptabilité voulues compte tenu de la diversité des systèmes nationaux et de leurs paniers de soins respectifs et de l'évolution rapide des techniques et thérapies médicales.

- S'agissant des possibilités d'instaurer un système d'autorisation préalable, rejet du renversement de la charge de la preuve opéré par une proposition qui obligerait les États membres à démontrer au cas par cas que l'absence d'un tel système mettrait en péril le financement et/ou l'organisation de l'offre de soins sur leur territoire et recherche d'un meilleur équilibre entre les droits individuels des patients à la mobilité dans l'Union et le maintien des capacités des États membres à réguler et planifier leur système de soins de santé. Le Conseil est favorable à une stricte reprise de la jurisprudence: droit des États membres, sans autorisation ou justification préalable, d'instaurer un système d'autorisation préalable pour les seuls soins hospitaliers et spécialisés, sur la base des justifications acceptées par la Cour de justice, pour autant que ce système soit par ailleurs proportionné et entouré de garanties procédurales suffisantes, assorti d'une obligation d'accorder l'autorisation demandée lorsque le traitement figure dans la liste des traitements pris en charge par le régime national et qu'un traitement identique ou présentant le même degré d'efficacité pour le patient ne peut être obtenu en temps opportun, compte tenu de la situation médicale du patient, dans l'État compétent.
- Enfin, relativement à l'articulation de cette directive avec le règlement de coordination, le Conseil s'est montré plutôt d'avis d'améliorer cette articulation en la simplifiant, la directive se contentant d'indiquer qu'elle s'applique sans préjudice du règlement, et en la facilitant à la fois par l'élargissement du champ de la directive afin qu'il soit plus cohérent avec celui du règlement et en rapprochant donc le système d'autorisation préalable de celui du règlement, pour une possible fusion lors de la transposition de la directive dans la législation nationale.

Le Parlement européen a parallèlement commencé lui aussi à examiner cette proposition et, si sa décision finale en séance plénière pour cette première lecture n'était pas connue à la date de rédaction de cette contribution, on peut déjà retirer du travail en commissions que les amendements proposés:

- se rapprochent des orientations du Conseil sur les définitions des soins de santé (mais en excluant les soins de longue durée et les transplantations d'organes) et des soins hospitaliers (sans reprendre toutefois l'expression de soins hospitaliers et spécialisés), ainsi que sur les rapports entre directive et règlement de coordination,
- s'en écartent sur l'autorisation préalable en maintenant les conditions posées a priori pour sa mise en œuvre, en exonérant les patients atteints de maladies rares de cette obligation, ainsi qu'en ajoutant des dispositions sur la prise en charge des frais de transport, l'avance des frais et la notification préalable du montant du remboursement.

Sans préjuger du vote final en séance plénière, on peut retirer du nombre global d'amendements des deux institutions et du nombre important d'amendements divergents que la recherche d'un accord en deuxième lecture nécessitera un grand effort de conciliation de part et d'autre et de longues séances d'explication et de négociation.

B. Deux voies de nature différente et pas toujours parallèles

1. Une deuxième voie plus problématique

a) Une application fluctuante et non encadrée

Par nature une jurisprudence de cette importance, s'enrichissant d'arrêt en arrêt, mais en même temps non systématique puisque répondant au-delà des questions de principe aux seules questions concrètes soulevées à l'occasion des cas d'espèce examinés ne garantit pas toujours, en l'absence de texte ou d'ac-

tion communautaire commune, une application uniforme et totale par tous les États membres.

Bien que le caractère général de ladite jurisprudence, applicable à tous les régimes d'affiliation quelle que soit leur nature — service sanitaire, régime de prestations en nature ou régime d'assurance —, déductible des premiers arrêts, ait été réaffirmé de façon incontestable dans l'arrêt *Watts*, force est de constater que tous les États membres ne l'appliquent pas encore, tandis que d'autres l'appliquent de façon partielle ou avec des adaptations unilatérales.

L'information pratique et concrète sur les possibilités offertes par cette voie d'accès aux soins transfrontaliers, ses caractéristiques et ses conditions d'application est rarement disponible ou pas immédiatement disponible pour les usagers, tandis que les supports d'information liés aux règlements de coordination (sites, brochures et formulaires dits «portables» tels que le E 112) n'ont pas été adaptés en conséquence et ignorent cette seconde voie.

Les interprétations que peuvent avoir de cette jurisprudence les services de la Commission peuvent même fluctuer d'une direction générale à l'autre et conduire à des actions apparaissant contradictoires. Ainsi d'une action contentieuse lancée pour non application de la jurisprudence à des cas de soins de séjour alors même que la proposition de directive se limite expressément aux soins programmés et que la proposition de règlement d'application se limite également pour le substitut du complément *Vanbraekel* aux seuls soins programmés ou d'une autre action contentieuse lancée contre l'extension d'un système d'autorisation préalable à des soins coûteux et spécialisés, mais non hospitaliers, dans le même temps que la proposition de directive qui nous occupe ouvre la possibilité d'établir un système d'autorisation préalable pour des soins spécialisés non hospitaliers. Ou encore l'affirmation tirée d'une lecture des arrêts en cause qu'une autorisation donnée au titre du règlement vaut autorisation donnée au titre de la jurisprudence et réciproquement, pour une situation et

des soins pouvant relever des deux voies bien sûr, et l'affirmation parallèle autour de la proposition de directive que le champ du règlement (CE) n° 883/2004 se limiterait — ce que nous considérons comme erroné — aux seuls cas dans lesquels l'autorisation ne peut pas être refusée, ce qui permet d'envisager pour les États membres un choix au-delà de ces cas entre ne pas accorder d'autorisation ou accorder une autorisation valable uniquement au titre de la directive (prise en charge selon les tarifs de l'État compétent).

Il est vrai pour autant que si les grands principes et les lignes directrices de cette jurisprudence semblent fixés, ses limites sont encore floues par certains aspects et les mécanismes de sa mise en œuvre (tarifs d'intervention, modalités de décompte des dépenses exposées, accès aux soins versus État où ils sont dispensés...) appellent des précisions encore absentes.

Des affaires en cours permettront vraisemblablement de préciser ou de modifier certaines limites provisoires. Ainsi l'affaire *Commission/Espagne* (C-211/08) donnera l'occasion à la Cour de justice d'indiquer si sa jurisprudence peut également viser, ce qui nous paraît évident, des soins de séjour, soit en prise en charge directe soit en prise en charge complémentaire (complément *Vanbraekel*). De même l'affaire *Commission/France* (C-512/08) devrait-elle permettre de savoir si les critères dégagés par la Cour peuvent justifier un système d'autorisations préalables s'appliquant à des soins reçus hors des structures hospitalières classiques ou à tout le moins de préciser la notion de soins hospitaliers ⁽⁹⁶⁶⁾.

⁽⁹⁶⁶⁾ Dans un récent arrêt du 10 mars 2009 (*Hartlauer*, C-169/07), la Cour de justice a noté qu'«il ne saurait être d'emblée exclu, à l'instar de ce que la Cour a déjà jugé à propos des établissements hospitaliers [...], que des infrastructures de soins ambulatoires, telles que des cabinets de médecins et des polycliniques, puissent également faire l'objet d'une planification. En effet, une planification, qui exige une autorisation préalable pour l'installation de nouveaux prestataires de soins, peut s'avérer indispensable pour combler d'éventuelles lacunes dans l'accès aux soins ambulatoires et pour éviter la création de structures faisant double emploi, de sorte que soit assurée une prise en charge médicale qui s'adapte aux besoins de la population, couvre l'ensemble du territoire et tienne compte des régions géographiquement isolées ou autrement désavantagées».

Une troisième affaire — von Chamier-Glisczinski (C-208/07) — pourrait donner des résultats très contradictoires. Elle porte en effet sur des soins de longue durée (prise en charge des frais de séjour en établissement spécialisé). Si l'élargissement du champ des soins de santé aux soins de dépendance ou de perte d'autonomie ne poserait pas selon nous plus de problème à la Cour de justice dans le cadre de cette jurisprudence que dans celui du règlement de coordination, la vraie question est que l'article 49 CE n'est pas applicable, ce que confirme l'avocat général, l'intéressée ne s'étant pas rendue en Autriche (séjour) pour acheter ces services de soins de longue durée, mais y ayant établi sa résidence avec son conjoint.

Mais en revanche l'avocat général est d'avis qu'un droit identique au remboursement de telles prestations en nature (avec les conditions propres aux soins hospitaliers) peut être ouvert sur la base de l'article 18 CE (citoyenneté de l'Union). Si la cour s'orientait en ce sens, la jurisprudence évoluerait doublement, d'une part en étendant son champ d'application matériel aux remboursement des soins de longue durée et d'autre part en élargissant son champ d'application personnel aux personnes résidant dans un État autre que l'État compétent et demandant sur la base de l'article 18 CE le remboursement par ce dernier de dépenses de soins ou de produits sanitaires exposées dans l'État de résidence.

b) Une approche marchande de l'accès aux soins

En empruntant cette seconde voie, le patient/assuré, dès lors qu'il se rend dans un autre État membre pour y acheter des produits ou des services sanitaires, sort du cadre de la coordination des législations de sécurité sociale et entre dans le cadre du marché intérieur. Dès qu'il se trouve hors de ses frontières et bien qu'il reste un citoyen de l'Union, il se dépouille de sa qualité d'assuré social pour redevenir un simple sujet économique, un acheteur de produits et de services sur le marché unique (non

régulé à ce jour au plan communautaire pour le secteur de la santé) ⁽⁹⁶⁷⁾.

De ce fait, il n'est plus, comme dans le cadre du règlement de coordination, considéré temporairement comme un assuré social du régime local et vis-à-vis des praticiens, fournisseurs et établissements de l'État de séjour:

- il doit faire l'avance des frais et régler dans tous les cas ses dépenses;
- il peut se voir facturer des dépenses à des prix ou des tarifs différents de ceux opposables localement aux assurés ou aux institutions de sécurité sociale;
- il ne bénéficie pas non plus, ou pas obligatoirement du moins, des protocoles de soins, bonnes pratiques et droits imposés par la sécurité sociale locale, non plus que des facilités d'accès aux soins éventuellement réservées aux assurés sociaux.

De la même façon, se trouvant hors des frontières nationales, il ne peut pas bénéficier de la protection que lui offre son propre régime, puisque les professionnels de santé qu'il consulte n'ont aucun lien avec ce régime et aucune obligation ⁽⁹⁶⁸⁾, autre que celles imposées par leurs règles de déontologie et la législation générale de santé publique localement applicable. Il ne redeviendra un assuré social qu'au moment où il présentera, sur la base de la jurisprudence et des transpositions déjà existantes dans certaines législations nationales, sa demande de remboursement à son institution habituelle de sécurité sociale.

Dans son état actuel et sans encadrement, cette voie peut donc être qualifiée de marchande avec comme on vient de le souligner des effets économiques négatifs sur les patients, sauf dans le cas où les coûts d'intervention ou de prise en charge des

⁽⁹⁶⁷⁾ J. C. Fillon, «Soins transfrontaliers: les conséquences d'une approche marchande», *Liaisons sociales Europe*, n° 223, 2009, p. 5-8.

⁽⁹⁶⁸⁾ Hormis bien sûr le cas, rare, où le professionnel de santé s'est lié volontairement avec ledit régime. De même un accord de coopération sanitaire transfrontalière peut créer localement de tels liens.

régimes d'affiliation sont tels qu'ils peuvent assurer un remboursement quasiment total des dépenses exposées dans un État où le niveau des dépenses de santé, même avec des tarifs libres, sont très inférieurs.

Mais dans ce dernier cas une charge supplémentaire est reportée sur le régime d'affiliation. Du point de vue de ce dernier en outre il faut noter que la seconde voie le prive de ses outils de régulation visant directement professionnels, fournisseurs et établissements de santé dans leur activité, puisque ceux-ci se trouvent hors de son champ d'intervention. Il se trouve alors face à des achats «sauvages» auxquels il ne peut opposer que ses limites financières d'intervention (tarifs ou coûts internes) et les conditions d'accès et de consommation de soins directement opposables aux seuls assurés, donc sans passer par une régulation de l'activité ou de la pratique des professionnels de santé, mais pour autant que ces conditions ne soient pas discriminatoires (obstacles à la libre circulation) dans les situations concrètes rencontrées.

c) Des difficultés d'application pratique

Sous l'angle technique de l'application de la jurisprudence par les institutions compétentes cette fois, les deux voies n'ont évidemment pas les mêmes conséquences.

Pour l'institution d'affiliation du patient la première voie dite du règlement a un grand avantage pratique puisqu'elle cette institution n'a à se préoccuper ni des conditions d'accès aux soins, ni des conditions de prise en charge des prestations sanitaires ou des dépenses engagées, puisque c'est l'institution du lieu de séjour qui s'en charge, dans une sorte de prestation de services qu'elle effectue pour le compte de la première institution, et elle le fait en appliquant sa propre réglementation dans son contexte national. Par contre, on le sait, la première institution devra rembourser intégralement la seconde et n'aura donc pas la maîtrise de la dépense finale.

Avec la seconde voie dite de la jurisprudence, l'institution compétente a au contraire la maîtrise de cette dépense puisqu'elle intervient dans la limite du coût qu'elle supporterait en interne pour les mêmes soins, mais elle est amenée à rencontrer d'importantes difficultés techniques pour appliquer sa réglementation et ses normes dans un environnement étranger fonctionnant avec des réglementations, des normes et des pratiques totalement différentes de celles en vigueur sur son propre territoire national, qu'il s'agisse des praticiens, des fournisseurs ou des établissements de soins. De surcroît, selon l'État où les soins sont reçus, une institution compétente est en réalité avec cette voie en relation avec 26 univers différents et divergents.

Sur le plan national il y a forcément cohérence, complémentarité, voire identité de définitions entre la sphère santé publique et la sphère sécurité sociale, ce qui n'est évidemment pas le cas d'un État de l'UE à l'autre, compte tenu de l'absence d'harmonisation en général dans ces domaines de sécurité sociale et de santé. Les difficultés vont d'abord être d'ailleurs des questions d'identification de médicaments et de produits qui sont nommés sous des dénominations commerciales différentes de celles qui ont cours dans l'État compétent, de pratiques médicales et d'actes qui peuvent être différents ou regroupés de façon différente pour constituer une unité d'acte ou de traitement (tel traitement chirurgical d'une lésion d'organe comprend-elle par exemple la même somme administrative d'actes et d'interventions techniques et humaines d'un État à l'autre?). Vont s'ajouter les différences de panier des soins disponibles, de pratiques médicales usitées ou recommandées pour le traitement de la même affection, de la même lésion, ainsi que les pratiques administratives.

Par exemple comment déterminer aisément le montant national de référence pour le remboursement, s'il est exprimé dans l'État compétent par une tarification des frais hospitalier par pathologie, lorsque l'assuré présente des factures acquittées établies par un hôpital d'un autre État membre dont la tarifi-

cation s'exprime en prix de journée, si la pathologie traitée et le traitement effectué ne sont pas indiqués sur les factures? Le secret médical et la protection des données individuelles pourront d'ailleurs constituer dans un tel cas autant d'empêchements à la clarification recherchée par l'institution compétente.

Autant dire qu'une forte coopération entre les institutions du lieu de séjour et les institutions compétentes est nécessaire pour une bonne application de cette deuxième voie, besoin de coopération qui culmine lorsqu'il s'agit de déterminer un éventuel complément *Vanbraekel* dont il sera question plus loin ⁽⁹⁶⁹⁾, puisque dans une telle hypothèse l'institution compétente doit pouvoir connaître sans délai excessif le coût des prestations en nature avancées par l'État des soins et dont le remboursement lui sera demandé ultérieurement dans le cadre des dispositions et procédures financières du règlement.

À ce stade de développement de cette voie, très libérale d'approche dans un environnement contrasté et non régulé au plan communautaire, le paradoxe réside dans le besoin de plus de coopération, d'harmonisation, d'équivalence et de normalisation pour concilier les droits des patients et l'équilibre des régimes nationaux, ainsi que leur capacité à réguler leur système de soins.

2. Des points communs ou de convergence

Si ces deux voies d'accès à des soins de santé transfrontaliers pris en charge sont si différentes de conception et d'orientation, l'image de deux voies parallèles ne leur sied guère et l'on peut repérer des points de tangence et des superpositions.

a) Autorisation préalable et tarifs

Premier point de tangence, l'autorisation préalable pouvant être donnée dans certaines situations.

⁽⁹⁶⁹⁾ La commission administrative a abordé spécifiquement ces difficultés, via les modalités d'application de l'article 26, paragraphe 5, du règlement d'application du règlement (CE) n° 883/2004, lors d'une réunion en groupe de travail le 13 novembre 2008 (voir note d'introduction CA.SS.TM. 420/08 du 23 octobre 2008).

Certes les champs d'application sont différents, plus large dans le règlement où elle concerne l'ensemble des soins programmés, quelle que soit leur degré de spécialisation et quel que soit leur coût, elle se limite aux seuls soins hospitaliers dans la jurisprudence. De même les situations dans lesquelles cette autorisation ne peut pas être refusée, alors même que le traitement envisagé figure dans la liste des traitements pris en charge par le régime national, sont apparemment différentes, de la jurisprudence, qui fait référence au fait qu'un traitement identique ou présentant le même degré d'efficacité pour le patient ne peut être obtenu en temps opportun, compte tenu de la situation médicale du patient, dans l'État de résidence de celui-ci, au règlement, qui fait référence au fait que ces soins ne peuvent, compte tenu de son état actuel de santé et de l'évolution probable de la maladie, être dispensés au patient dans le délai normalement nécessaire pour obtenir ce traitement dans l'État membre de sa résidence.

Mais la Cour de justice, dès l'arrêt *Inizan*, a donné de ce dernier délai une interprétation identique à celle qu'elle avait dégagée pour les termes en temps opportun figurant dans l'énoncé du premier et elle conclura dans son arrêt *Watts*, affaire où elle était interrogée à nouveau sur le sens à donner à ces expressions qu'«aucun élément ne permet sérieusement de justifier des interprétations différentes dans le contexte de l'article 22 du règlement n° 1408/71, d'une part, et dans celui de l'article 49 CE, d'autre part, étant donné que dans l'un et l'autre cas, la question est de savoir [...] si les soins hospitaliers requis par l'état de santé de l'intéressé peuvent être prodigués sur le territoire de l'État membre de sa résidence dans un délai acceptable qui préserve leur utilité et leur efficacité» (point 60). Comme indiqué plus haut, le règlement (CE) n° 883/2004 a supprimé tout risque de dualité en la matière en reprenant les termes mêmes de la jurisprudence.

Quant à l'autorisation en tant que telle, la Cour de justice dans l'arrêt *Vanbraekel* a indiqué à la fois

qu'une autorisation donnée au titre de la législation nationale (donc y compris au titre d'une législation nationale ayant transposé la jurisprudence directement ou par l'intermédiaire de la directive en projet) doit être considérée comme constituant une autorisation au titre du règlement et, implicitement certes, qu'une autorisation donnée au titre du règlement valait autorisation au titre de la jurisprudence (pour des soins relevant de leurs deux champs respectifs bien sûr), puisque l'application du règlement n'empêchait pas ensuite d'accorder un éventuel complément au titre de la jurisprudence, notamment dans un cas où celle-ci acceptait un système d'autorisation préalable.

Si l'on ajoute que dans les deux cas, règlement ou jurisprudence, le système d'autorisation préalable doit offrir des garanties procédurales suffisantes, on peut conclure à l'unité du système d'autorisation préalable dès lors qu'un État décide d'en créer un. L'autorisation donnée pourra être utilisée par l'intéressé selon une voie ou selon une autre en fonction de son choix (de son intérêt) et des possibilités objectives d'utilisation de l'une ou de l'autre. Le système ne redevient dual (et en fait il n'y a plus alors de nécessité d'autorisation préalable qu'au titre d'une des deux voies) que pour des soins non hospitaliers.

Deuxième point de tangence, les tarifs utilisés par les institutions pour procéder au remboursement des dépenses de soins reçus par leurs assurés dans un autre État membre.

À la remarque formulée par certains États dotés d'un régime de prestations en nature ou d'un service national de santé qu'ils n'avaient pas dans leur réglementation interne de mécanismes financiers de remboursement direct aux assurés de leurs dépenses, non plus que des tarifs pour déterminer les montants de ces remboursements, la Cour de justice a opposé le fait que si le droit communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des États membres d'aménager leur système de sécurité sociale, les exigences de réalisation des libertés fondamentales garanties par le traité les obli-

geaient inévitablement à apporter des adaptations à leur système.

Il en est par exemple ainsi des dispositions prises pour assurer l'application des articles 36 et 63 du règlement (CEE) n° 1408/71 ou de l'article 34 du règlement (CEE) n° 574/72. La cour a ajouté que rien ne s'oppose à ce que l'État membre compétent dans lequel il n'existe pas de système de remboursement fixe les montants du remboursement (tarifs) auxquels des patients ayant reçu des soins dans un autre État membre peuvent prétendre, pour autant que ces montants reposent sur des critères objectifs, non discriminatoires et transparents (Müller-Fauré et Van Viet, déjà cité, point 107), mais elle a aussi noté que les tarifs et mécanismes mis en place pour déterminer le montant facturé à l'État compétent pour des soins reçus par ses assurés dans l'État concerné peuvent constituer d'utiles instruments de référence pour déterminer dans ce même État les montants des remboursements à accorder à ses propres patients ayant reçu des soins dans un autre État membre.

En tout état de cause des tarifs pour l'application de la jurisprudence qui seraient, à identité de soins, différents selon qu'il s'agit d'établir une facturation pour un autre État membre ou d'appliquer l'article 34 du règlement (CEE) n° 574/72, ou de rembourser des dépenses de soins transfrontaliers selon la jurisprudence, constitueraient des tarifs discriminatoires, sauf à prouver que la facturation de dépenses de prestations à d'autres États peut légitimement comprendre des montants non facturables directement aux particuliers.

b) Complément Vanbraekel

D'entrée de jeu, la Cour a été amenée à préciser que l'article 22 du règlement (CEE) n° 1408/71 n'était pas concerné par cette jurisprudence, n'ayant pas pour objet de réglementer et n'empêchant nullement le remboursement par les États membres selon leurs tarifs des frais engagés à l'occasion de soins fournis dans un autre État membre, même en l'absence d'autorisation préalable. Analysant plus

avant l'article 22 du règlement la Cour conclura dans l'arrêt Inizan déjà cité que ses dispositions contribuent même à faciliter la libre circulation des patients et la prestation de services médicaux transfrontaliers, donc qu'elles ne comportent aucun élément de nature à affecter sa validité.

En outre l'applicabilité de l'article 22 à des soins de santé n'exclut pas que ces mêmes soins puissent également relever du champ d'application des dispositions du traité sur la libre circulation des marchandises ou des services, donc que l'intéressé puisse parallèlement disposer au titre de ces dernières dispositions du droit d'accéder à des soins de santé dans un autre État membre à des conditions de prise en charge différentes de celles prévues audit article 22.

Dès lors, «n'ayant pas pour objet de réglementer un éventuel remboursement aux tarifs en vigueur dans l'État membre d'affiliation, l'article 22 du règlement n° 1408/71 n'a pour effet ni d'empêcher ni de prescrire le versement par cet État d'un remboursement complémentaire correspondant à la différence entre le régime d'intervention prévu par la législation dudit État et celui appliqué par l'État membre de séjour, lorsque le premier est plus favorable que le second et qu'un tel remboursement est prévu par la législation de l'État membre d'affiliation.

L'article 49 du traité doit être interprété en ce sens que, si le remboursement de frais exposés pour des services hospitaliers fournis dans un État membre de séjour, qui résulte de l'application des règles en vigueur dans cet État, est inférieur à celui qui aurait résulté de l'application de la législation en vigueur dans l'État membre d'affiliation en cas d'hospitalisation dans ce dernier, un remboursement complémentaire correspondant à cette différence doit être accordé à l'assuré social par l'institution compétente» (Vanbraekel, déjà cité, point 53).

Applicable également aux dépenses de soins non hospitaliers (sans autorisation préalable), cette possibilité de complément illustre parfaitement que l'application en parallèle des deux voies se traduit

ici par un chevauchement assorti d'une règle implicite, mais évidente, de non cumul des remboursements potentiels.

c) Article 34 du règlement (CEE) n° 574/72

Le bénéfice des prestations en nature en cas de soins de séjour étant subordonné à la présentation de la demande de prise en charge/remboursement dans l'État de séjour avant le retour de l'intéressé dans son État de résidence habituel, l'article 34 du règlement (CEE) n° 574/72, dans sa version initiale, crée une procédure de rattrapage destinée à permettre à l'intéressé, lorsqu'il n'a pas accompli ces formalités sur place, de s'adresser à son retour à son institution de rattachement pour lui demander le remboursement des dépenses engagées selon les tarifs qui auraient été appliqués par l'État de séjour. Celle-ci doit alors interroger l'institution du lieu de séjour pour connaître le remboursement que cette dernière aurait accordé si elle avait été saisie par l'intéressé.

L'arrivée d'États membres dotés de services sanitaires rendant cette procédure inapplicable et les délais mis par ailleurs par certaines institutions pour transmettre les renseignements demandés sur les remboursements qu'elles auraient accordés ont conduit à modifier cet article, le règlement (CEE) n° 1249/92 le complétant pour y insérer une procédure dérogatoire simplifiée permettant aux institutions compétentes, ayant dans leur réglementation des tarifs de remboursement, de rembourser leurs assurés sur la base de ces tarifs, à condition encore que l'intéressé accepte qu'il en soit ainsi et que le montant des dépenses présentées au remboursement ne dépasse pas un montant fixé par la commission administrative. Il était en outre ajouté que l'accord de l'intéressé n'est pas nécessaire lorsque la réglementation de l'État de séjour ne prévoit pas de tarifs de remboursement.

Plus récemment cette seconde procédure, sous l'effet du règlement (CE) n° 1386/2001, a été elle-même pratiquement subdivisée en deux sous-procédures offertes aux institutions compétentes,

ayant dans leur réglementation des tarifs de remboursement, de rembourser leurs assurés selon ces tarifs: avec l'accord de l'intéressé et sous réserve que le total des dépenses n'atteigne pas le seuil précité si l'État de séjour dispose de tarifs de remboursement, sans l'accord de l'intéressé et sans intervention du seuil de dépenses si l'État de séjour ne dispose pas de tarifs de remboursement.

Il est intéressant de noter que ces dispositions, certes non applicables en cas de soins programmés et de modalités d'application variable selon les États concernés, mais modifiées à plusieurs reprises dans le sens d'une application plus large, reviennent pratiquement au même pour l'assuré que si les dispositions de la deuxième voie lui étaient offertes. C'est un autre mode de convergence, sans identité des outils, mais cette fois avec identité des résultats à situations traitées égales.

Comme indiqué précédemment au point A, 1.b), le règlement d'application du règlement (CE) n° 883/2004 non seulement reprend ces dispositions, mais les étend aux soins programmés et leur retire leur caractère de procédure subsidiaire ou de rattrapage en les intégrant directement dans les articles décrivant les modalités de prise en charge des dépenses de soins de séjour et de soins programmés, comme les modalités de prise en charge offertes d'emblée aux assurés.

II. POUR UN RAPPROCHEMENT DES DEUX VOIES

A. Les raisons d'une telle démarche

1. Deux voies déjà très entremêlées

Bien qu'étant d'origine et de nature très différentes, il faut donc tordre le coup à l'idée de deux voies bien parallèles et dont tous les éléments s'opposent. Nous venons au contraire de repérer des éléments communs: le système d'autorisation préalable, même si son champ d'intervention est

différent d'une voie à l'autre, et les tarifs de remboursement ou d'intervention financière des régimes. Mieux les deux voies peuvent parfois être suivies conjointement dans le sens d'une application en premier des règlements, puis à titre complémentaire de la jurisprudence pour l'obtention d'un complément *Vanbraekel* (rien ne semblerait s'opposer d'ailleurs à ce qu'une personne ayant reçu une autorisation préalable et s'étant adressée à son institution d'affiliation pour obtenir un remboursement de ses frais selon les tarifs de cette institution, obtienne ensuite de cette même institution un complément permettant d'atteindre le montant plus important qui aurait été remboursé par l'institution du lieu de séjour si elle s'était adressée à cette institution).

Enfin l'article 34 du règlement (CEE) n° 574/72 nous montre que la voie des règlements peut également conduire à une situation où la prise en charge des dépenses de soins est effectuée selon les tarifs de l'institution d'affiliation, comme dans la voie jurisprudentielle, perspective étendue par le règlement d'application du règlement (CE) n° 883/2004 à l'ensemble des dépenses de soins, qu'il s'agisse de soins de séjour ou de soins programmés.

Cet entremêlement des deux voies dans ces circonstances constitue une première raison de vouloir les rapprocher et les coordonner, notamment parce qu'elles partagent des outils communs, autorisation préalable et tarifs de remboursement, qui ne sauraient varier ou être modifiés pour une voie sans avoir des conséquences pour l'autre voie. Le souci de cohérence nous conduit déjà à mieux coordonner les deux approches.

2. Des besoins impérieux de sécurité juridique et de simplification

a) La situation actuelle comme source d'insécurité juridique

Du point de vue du patient, de l'assuré, la situation actuelle est peu claire et variable d'un État membre

à l'autre, voire d'une institution à l'autre, selon le degré d'application de la jurisprudence, de compréhension des mécanismes et finalement selon les efforts d'information consentis.

La directive en projet, en fixant le cadre de droit créé par la jurisprudence et en veillant à sa transposition dans l'ensemble des législations nationales, ainsi qu'en insistant à juste titre sur la nécessité d'actions d'information complète et systématique, devrait remédier pour une partie à ce constat.

Mais l'existence même de ces deux voies de prise en charge est facteur d'insécurité puisque les avantages et les inconvénients de l'une et de l'autre face à la situation particulière à laquelle un intéressé est confronté ne sont pas immédiatement portés à sa connaissance, sont d'ailleurs difficilement traduisibles en chiffres *ex ante* et dépendent de nombreux facteurs (nécessité ou pas d'une autorisation préalable, présence ou non du produit ou du traitement dans le panier de soins du régime local et/ou dans le panier de soins du régime d'affiliation, etc.). À cela s'ajoute pour la deuxième voie l'impossibilité de prévoir à l'avance quels tarifs seront pratiqués par les professionnels, fournisseurs et établissements locaux.

b) Une complexité remarquable

D'une voie à l'autre, la plupart des éléments sont variables: le champ de l'autorisation préalable (même si le système d'autorisation est unique), le champ d'intervention des deux régimes du lieu de séjour et d'affiliation (par exemple médicaments pris en charge par l'un et pas par l'autre), les obligations en termes de parcours d'accès aux soins (conditions différentes posées par chacun des deux régimes pour l'accès à des soins hospitaliers hors urgence, par exemple), les formalités administratives conditionnant la prise en charge ou le remboursement des frais.

Cette complexité n'est pas réservée aux patients, mais atteint évidemment aussi les institutions qui

voient croître leurs charges de gestion, le summum étant actuellement atteint en cas de calcul d'un éventuel complément *Vanbraekel*, non pas tant du fait de son principe qui reste assez simple et est d'application dans d'autres secteurs (prestations familiales par exemple) que par la difficulté à rassembler, identifier et chiffrer les éléments de son calcul.

Elle résulte également du caractère partiel et souvent tardif des informations obtenues par les intéressés, ainsi que du chevauchement parfois des dispositifs, qu'il s'agisse bien sûr du complément *Vanbraekel* évoqué ci-dessus ou des options offertes par l'article 34 du règlement (CEE) n° 574/72 et bientôt par les articles 25 et 26 du nouveau règlement d'application: comment expliquer simplement et clairement aux assurés que les deux voies peuvent parfois conduire par ce biais au même résultat financier. L'extension probable de la jurisprudence aux soins de séjour par l'arrêt qui sera rendu dans l'affaire Commission/Espagne déjà cité ne contribuera pas, sous cet angle, à modifier ce constat.

c) Un manque d'équité

Comme cela a été mentionné précédemment, la deuxième voie, actuellement ni normée, ni encadrée, conduit le patient à devoir faire l'avance des frais et à supporter des tarifs libres qui peuvent s'avérer supérieurs ou très supérieurs aux tarifs fixés ou aux coûts supportés par le régime de sécurité sociale de l'État où les soins sont prodigués. Elle souffre également d'une insuffisance, voire parfois d'une absence, d'information sur les modalités de sa mise en œuvre, sur ses conséquences et sur les avantages et inconvénients comparés des deux voies, d'une part, et sur l'offre transfrontalière de soins, d'autre part.

Il y a de ce fait, dans cette deuxième voie, une source manifeste d'iniquité entre les différentes catégories de patients/assurés selon qu'ils ont ou non les possibilités financières de supporter le

montant de ces dépenses dans l'attente de leur remboursement, ainsi que les frais d'approche (frais de transport, d'hébergement, etc.) qui seront d'autant plus importants bien sûr que le déplacement sera de longue distance ou que les déplacements seront multiples en fonction du phasage du traitement et de son étalement sur une période plus importante.

L'iniquité vient également des capacités plus ou moins grandes des intéressés à obtenir les informations utiles, à être avertis par exemple du moyen d'échapper à une file d'attente en recourant à des soins transfrontaliers, ou encore à avoir connaissance des tarifs de remboursement ou d'intervention des deux régimes, celui du lieu où les soins sont reçus et celui d'affiliation.

La tendance a aussi été remarquée d'une possible facilité ainsi donnée aux patients les plus aisés, les mieux informés, d'exercer des choix individuels au-delà du seul besoin médical, risquant de faire supporter aux institutions des soins ou des modes d'administration de soins que l'on peut alors qualifier de confort ou de plus grand confort, en dépit de la possibilité offerte d'établir pour les soins hospitaliers et assimilés un système d'autorisation préalable.

3. Une réorientation «sécurité sociale» de la deuxième voie

Le rapprochement des deux voies donne aussi l'occasion de remédier en partie aux inconvénients déjà soulignés de l'approche marchande de l'accès aux soins dans la deuxième voie. Dans une logique de coordination des législations des États membres pour faciliter la libre circulation des personnes et contribuer à l'amélioration de leur niveau de vie ⁽⁹⁷⁰⁾, tout en assurant un niveau élevé de protection de la santé ⁽⁹⁷¹⁾, il n'est pas concevable que

l'une des voies offertes aux patients conduise à mettre entre parenthèses leur qualité d'assurés sociaux lors de leur séjour dans l'État où les soins vont être reçus, à la fois dans la phase d'accès à ces soins et lors du règlement des coûts correspondants.

Cet accès et ce règlement peuvent être soumis à des conditions et au respect d'un parcours de soins, dès lors que ces derniers s'avèrent justifiés et proportionnés au but recherché, mais pas à la perte de la qualité d'assuré social. L'information dont disposent ou devraient disposer les assurés du régime local doit être mise à leur disposition, tandis que les professionnels, fournisseurs et établissements amenés à leur facturer des produits ou des services de santé doivent le faire au même tarif, au même coût que celui opposé aux assurés du régime local ou supporté par ce régime.

Des tarifs privés, libres, ne se justifient pas par la simple raison que la prise en charge ou le remboursement de ces dépenses est en définitive opérée directement par le régime d'affiliation plutôt que par le régime local opérant pour le compte du premier, au regard des objectifs rappelés ci-dessus et assignés à la coordination des législations. Il s'agit de trouver à cet égard un équilibre entre libre circulation des marchandises et des services et libre circulation des personnes (déplacement des assurés).

Cette réorientation doit aussi, dans une mesure moindre car il convient de respecter — sauf engagement contractuel volontaire de leur part — l'indépendance de ces mêmes professionnels, fournisseurs et établissements de santé vis-à-vis du régime d'un État membre autre que celui de leur établissement, permettre aux régimes des États d'affiliation de conserver un certain nombre d'éléments de contrôle ou de mise en œuvre d'instruments de régulation lorsque leurs assurés empruntent cette seconde voie: l'assurance que ces derniers ne présenteront pas au remboursement des factures augmentées du fait de l'utilisation de tarifs libres, la garantie de conserver pour cette voie la coopéra-

⁽⁹⁷⁰⁾ Voir considérant 1 du règlement (CE) n° 883/2004: «Les règles de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale s'inscrivent dans le cadre de la libre circulation des personnes et devraient contribuer à l'amélioration de leur niveau de vie et des conditions de leur emploi.»

⁽⁹⁷¹⁾ Voir article 152 CE, paragraphe 1, première phrase: «Un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de la Communauté.»

tion des institutions locales sur laquelle ils peuvent compter pour la première voie: information, contrôle des prestations dispensées par les professionnels et les établissements, contrôle médical des patients, etc.

B. Quel support, quels dispositifs?

1. L'instrument de cette coordination

a) Directive ou règlement

La question de savoir quel devait être le support juridique le plus approprié — une directive ou un règlement, en fait le règlement (CE) n° 883/2004 — pour transposer la jurisprudence de la Cour de justice sur l'accès aux soins transfrontaliers ne se pose plus désormais puisqu'il a été tranché en faveur d'une directive, effectivement plus appropriée pour modifier des législations afin de les rendre compatibles avec les règles du marché intérieur, garantir une application universelle et conforme de cette jurisprudence tout en permettant à chaque État de prendre pour ce faire les mesures appropriées à la nature et au mode de fonctionnement de son régime.

Reste maintenant à déterminer l'instrument adéquat pour coordonner les deux voies d'accès aux soins transfrontaliers et autant la directive serait cette fois inopportune pour fixer des éléments de coordination qui doivent rester au niveau communautaire et ne doivent pas être transposés dans les législations nationales, autant le règlement (CE) n° 883/2004 est tout à fait dans son rôle d'instrument de coordination des législations nationales.

En effet la transposition directe de la jurisprudence ou sa transposition indirecte via la directive ont pour résultat de doter les législations nationales d'une sorte de module interne permettant leur application à des soins reçus dans un autre État membre (deuxième voie), sans préjudice de leur application parallèle, sans ce module, mais avec l'aide du module externe contenu dans le règle-

ment (première voie). Le règlement coordonnera ces deux voies, c'est-à-dire les législations nationales agissant tantôt sans leur module interne «Decker-Kohl», tantôt avec ce module, par analogie avec ce qu'il fait de longue date pour les pensions avec les notions de pension nationale ou autonome (sorte de deuxième voie analogique) et de pension proportionnelle ou proratisée (pure construction du règlement, créant une sorte de première voie analogique).

Le regroupement des règles de coordination des législations nationales au sein d'un texte unique permet également de sécuriser les deux voies et leurs relations et interactions, de faciliter aussi l'accès des assurés à une réglementation unique et les simplifications.

Il faut également relever qu'au-delà du défi technique de réussir ce rapprochement, cette coordination nouvelle, cela constituera aussi pour le règlement (CE) n° 883/2004 le défi politique de s'adapter pour répondre aux besoins et atteindre les objectifs mentionnés précédemment ⁽⁹⁷²⁾.

b) Base juridique

Tandis que la proposition de directive est basée sur l'article 95 CE qui permet d'arrêter «les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur», mais en excluant «les dispositions relatives à la libre circulation des personnes», le règlement (CE) n° 883/2004 est lui basé principalement sur l'article 42 CE permettant d'adopter, «dans le domaine de la sécurité sociale, les mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs» et à titre complémentaire sur l'article 308 CE qui ouvre la possibilité de prendre «les dispositions appropriées» «si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du

⁽⁹⁷²⁾ J. C. Fillon, «Trois défis pour la coordination des systèmes de sécurité sociale», *Liaisons sociales Europe*, 2008, n° 198, p. 5-8.

marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis».

On note immédiatement que la base juridique de la proposition de directive ne permettant pas d'intervenir dans le domaine de la libre circulation des personnes, celle-ci ne saurait aussi, pour cette raison, rassembler l'ensemble des éléments propres à coordonner les deux voies.

Au contraire le règlement peut sur la base de l'article 42 CE opérer cette coordination élargie du fait des objectifs dudit article, du fait que cette coordination ne porte que sur l'aspect prise en charge par les régimes de sécurité sociale des soins transfrontaliers et du fait enfin qu'il n'a pas à intégrer dans les législations nationales le module «Decker-Kohll» évoqué plus haut, puisque cette action aura été effectuée par la directive.

En outre l'apport de l'article 308 CE dans ces circonstances est double. Il permet d'étendre la coordination au-delà des seuls travailleurs et donc d'atteindre l'ensemble des patients relevant d'un régime de sécurité sociale, ensemble constituant le champ d'application personnel de la jurisprudence et de la directive, mais en faisant référence à toute action apparaissant nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché intérieur, l'un des objets de la Communauté, il garantit que tout élément dans cette coordination élargie dont on douterait qu'il puisse relever de l'article 42 CE trouverait sa base juridique dans cet article complémentaire s'il en était besoin.

c) Apport du règlement (CE) n° 883/2004

Dans sa proposition de directive la Commission insiste à juste titre sur les actions d'information des patients que doivent mener les États membres et prévoit que les États doivent mettre en place un réseau de points de contact nationaux pour fournir et diffuser les informations nécessaires et aider les patients à faire valoir et protéger leurs droits.

Il faut souligner qu'en désignant le règlement comme support des dispositions de coordination des deux voies, donc en faisant entrer la deuxième voie dans le champ du règlement (CE) n° 883/2004 et de son règlement d'application, l'on fait bénéficier cette dernière de toute la logistique de ces textes:

- un réseau d'institutions compétentes, du lieu de séjour ou de résidence, d'institutions désignées et d'organismes de liaison rompus à la gestion des droits des personnes et à leur information sur ces droits;
- un ensemble renforcé d'obligations et de règles de coopération et d'échange de données et d'informations entre institutions et entre institutions et bénéficiaires;
- un réseau en construction d'échange électronique de données entre ces institutions de sécurité sociale, y compris avec les professionnels et établissements de santé agissant au nom du régime local d'assurance maladie, réseau EESSI (pour Electronic Exchange of Social Security Information);
- un portail multilingue d'information sur les droits et obligations en matière de sécurité sociale et d'accès aux services en ligne des institutions nationales: portail EULisses (pour E U Links and Information on Social Security) en fonctionnement pour le secteur des pensions, en construction pour l'extension aux autres secteurs (soins de santé, etc.);
- un document support de droits d'accès aux soins de séjour: la carte européenne d'assurance maladie (CEAM) actuellement un document papier, mais dont l'évolution vers une carte électronique de transaction (eCEAM), utilisable pour les soins programmés, est à l'étude;
- enfin avec la commission administrative un comité pour le suivi, l'interprétation, la résolution des différends et l'évolution des règles de prise en charge des soins de santé au titre du règlement, pour l'information des assurés et l'aide à leur apporter pour faciliter l'exercice de leurs droits, comité ad hoc dont les compé-

tences en matière de sécurité sociale pourront naturellement s'étendre au champ de la deuxième voie coordonnée dans le règlement.

2. Les lignes directrices pour le rapprochement

a) Les objectifs proposés

Comme cela a été mentionné plus haut le besoin de sécurité juridique milite pour le rapprochement et la coordination des deux voies, ce qui suppose que tout le dispositif soit présent dans un seul texte, le règlement de coordination, et soit explicite. Il convient également que le dispositif soit lisible, donc soit clair d'une part dans les options offertes aux intéressés et évite d'autre part les dispositions qui doublonnent ou se recoupent.

Cette dernière mention rejoint également l'exigence de simplification qui devrait également conduire à retenir un dispositif, certes présentant des options, mais unique dans sa présentation et sa logique. En particulier il peut s'appuyer sur l'unicité du système d'autorisation préalable (critères d'autorisation, garanties procédurales et cas dans lesquels l'autorisation ne peut pas être refusée) et sur l'unicité des tarifs utilisés (remboursements a posteriori en qualité d'État compétent, communication des tarifs en qualité d'État de séjour, valorisation des créances présentées à l'État d'affiliation en qualité d'État de séjour).

La simplification suppose également que l'assuré puisse aisément aux étapes importantes de la procédure savoir si des options lui sont encore ouvertes et dans l'affirmative avec quelles conséquences pratiques et financières. De même doivent être privilégiées les circuits directs et l'utilisation par une institution intervenante de ses propres tarifs et non de ceux d'une autre institution. Ceci conduit également à rechercher l'évitement de procédures d'attribution de compléments Vanbraekel, sans rogner pour autant les droits des assurés, en s'efforçant que le dispositif retenu conduise à proposer d'em-

blée aux intéressés la prise en charge la plus complète dans un nombre maximal de cas, le complément n'intervenant plus que dans un nombre potentiel de cas très réduit ou pour des situations très particulières.

La réorientation «sécurité sociale» de la deuxième voie doit également conduire à garantir à l'assuré que quelle que soit son option de prise en charge — locale ou dans l'État d'affiliation — les dépenses qu'il a à régler aux professionnels, aux fournisseurs et aux établissements de santé lui sont facturées au tarif ou au coût sécurité sociale et non selon des tarifs libres. Cela conduit à la délivrance aux assurés d'un document unique de reconnaissance de leur qualité et de leurs droits, utilisable quelle que soit l'option de prise en charge exercée, pour se voir appliquer les tarifs ou coûts sécurité sociale, mais avec ensuite un mode d'utilisation par le professionnel, le fournisseur ou l'établissement de santé pouvant varier selon l'option de prise en charge suivie.

La carte européenne d'assurance maladie, après adaptation si nécessaire, apparaît évidemment comme le support adéquat pour permettre cette liaison élargie entre les patients et les fournisseurs de soins. Sa version électronique à l'étude devra prendre en compte cet élargissement de son champ d'utilisation.

b) Les contraintes à respecter

Il est bien clair que la jurisprudence sur la deuxième voie étant directement basée sur des articles du traité CE concernant le marché intérieur ne peut être effacée par un règlement. Par conséquent la limite fixée au dispositif de coordination global à constituer est que le patient assuré puisse retrouver à travers les modalités et les options offertes par ce dispositif les éléments que lui apporte actuellement la jurisprudence en cas d'option pour la deuxième voie, soit en clair la possibilité d'obtenir le remboursement de ses dépenses de soins dans un autre État membre dans les conditions et selon les tarifs du régime de l'État d'affiliation et sans autori-

sation préalable pour des soins autres que des soins hospitaliers (et spécialisés au sens de la proposition de directive, si cela est confirmé par la jurisprudence avec l'arrêt attendu dans l'affaire Commission/France, C-512/08, déjà citée). S'il en était autrement, le règlement de coordination pourrait faire perdre aux patients des droits qui leur sont garantis par leur législation nationale respectant les articles 28 et 49 CE.

À l'inverse, la première voie, celle basée sur un recours au régime de l'État où les soins sont reçus, n'a pas pour effet d'empêcher l'application directe de la législation nationale (deuxième voie) et confère aux assurés sociaux des droits qu'ils ne possèderaient pas sans l'intervention du règlement. Celui-ci constitue ainsi une facilité accordée par le législateur sur la base de l'article 42 CE en vue d'assurer la libre circulation des travailleurs, qui peut être assortie de conditions ou de limites (voir arrêt Inizan, déjà cité, points 19 à 23), voire supprimée au profit d'autres facilités ou dispositifs.

Toutefois, tant pour des raisons de non régression que de garantie de cette facilité, il apparaît nécessaire de se donner comme seconde contrainte que le patient ne perde pas non plus les éléments, les facilités, que lui apporte cette première voie: application d'une législation en plus grande cohérence qualitative (conditions de prise en charge et formalités) et quantitative (tarifs ou coûts d'intervention) avec l'offre de soins locale et les tarifs pratiqués par les professionnels et établissement, facilité d'accès à des soins de qualité, limitation ou suppression des cas où l'avance des frais est requise, etc.

Ce serait d'ailleurs absurde de ne pas prendre comme postulat dans cet exercice de rapprochement le maintien des éléments constitutifs de cette première voie, au risque autrement de ne plus retrouver en ce domaine dans le règlement de coordination qu'une copie de la directive en cours d'examen, donc d'effectuer un exercice parfaitement inutile et stérile.

3. Quelques éléments du dispositif

Se dessine ainsi, entre ces objectifs et ces contraintes, un dispositif de coordination unique, mais polymorphe, à choix multiples ou à options, permettant tout à la fois l'unité du dispositif, la clarté et la simplicité des chemins d'accès à des soins pris en charge et des options entre ces chemins ou sur ces chemins, permettant de conserver au profit du patient, de l'assuré les éléments essentiels des deux voies et de lui garantir dans tous les cas une approche «sécurité sociale».

Il ne s'agit pas ici de décrire un hypothétique dispositif, mais d'en envisager pour conclure quelques éléments constitutifs.

a) Autorisation préalable

S'il est acquis que le système d'autorisation préalable doit être unique, la question reste d'un alignement ou d'un non alignement des champs d'intervention selon que l'on se trouve dans une situation où le régime de l'État compétent prend directement en charge les dépenses ou dans une situation où le régime de l'État où les soins sont reçus prend en charge les dépenses pour le compte du premier État.

La lisibilité du dispositif et la simplicité conduisent à envisager pour les deux situations un champ unique de soins relevant d'une autorisation préalable. Le règlement devrait alors fixer une définition de ces soins qui serait soit celle de la directive, soit une définition plus restrictive, donc compatible avec les contraintes issues de la prise en compte de la deuxième voie.

Cependant cette unicité de champ n'est pas une obligation et peut tout à fait être envisagé un champ pour la première situation égal ou inférieur à celui de la directive et de la deuxième voie et un champ plus large pour la deuxième situation, par exemple pour des raisons financières. Ainsi le champ global des soins de santé serait fractionné

en trois sous-ensembles, celui pour lequel une autorisation préalable serait nécessaire dans l'une et l'autre situation, ensuite celui pour lequel une autorisation serait nécessaire uniquement dans la deuxième situation et enfin celui pour lequel aucune autorisation n'est nécessaire, pour l'une ou l'autre des situations. À noter que ce dernier peut être réduit à zéro si, comme c'est le cas actuellement pour les soins programmés, l'autorisation dans la deuxième situation est toujours nécessaire.

Un tel fractionnement permettrait aux institutions, pour la catégorie de soins considérée, de prendre en charge leur coût selon leurs propres tarifs, mais de refuser de les prendre en charge (en refusant l'autorisation) selon les tarifs des institutions du lieu où ils ont été reçus lorsque ces derniers sont beaucoup plus élevés.

On proposera plutôt néanmoins d'envisager une unicité de champ à la fois pour les raisons de lisibilité et de simplicité (absence de listes multiples ou à tiroirs), mais aussi pour assurer aux patients de pouvoir choisir la prise en charge la plus adéquate, la plus adaptée au niveau des dépenses encourues, c'est-à-dire au niveau des tarifs et coûts qui leur sont facturés par les professionnels et établissements de santé.

Bien entendu, le dispositif devra conserver les règles communes aux deux voies selon lesquelles l'autorisation demandée ne peut pas être refusée dans des circonstances définies faisant intervenir l'état de santé du patient et son évolution prévisible.

b) Tarifs d'intervention

Le dispositif devra prendre en compte le fait qu'après transposition de la directive toutes les législations nationales devront comporter des tarifs pour le remboursement dans le cadre de la deuxième voie des dépenses de soins reçus dans les autres États membres, tarifs qui comme cela a été mentionné précédemment seront ou devront être

les mêmes que ceux utilisés dans le cadre de la première voie.

Le règlement d'application du règlement (CE) n° 883/2004 a déjà intégré cette situation nouvelle et ne conditionne pas explicitement le remboursement par l'institution compétente à l'assuré de dépenses exposées dans un autre État membre à l'existence de tarifs de remboursement dans la réglementation que cette institution applique, cette existence étant considérée comme acquise.

Le dispositif devrait également prévoir, pour répondre aux objectifs cités plus haut, que les professionnels, fournisseurs et établissement de santé amenés à facturer des produits ou des soins à des patients, justifiant de leur qualité d'assurés sociaux dans un autre État membre, mais ne sollicitant pas la prise en charge de ces soins par le régime local, doivent établir cette facturation sur la base des tarifs ou coûts opposables aux assurés de ce régime ou supportés par ce régime, sauf bien sûr s'ils ne sont pas conventionnés ou liés d'une façon ou d'une autre avec ledit régime local.

c) Choix législation compétente — Législation locale

Les contraintes évoquées précédemment obligent à conserver dans toutes les situations cette option majeure, à l'instar de ce que prévoient déjà l'article 25 (soins de séjour) et l'article 26 (soins programmés) du règlement d'application du règlement (CE) n° 883/2004.

Par contre les objectifs de simplification — pour les assurés comme pour les institutions — conduisent à essayer de ne pas systématiquement présenter cette option par un choix à exercer par l'intéressé soit avant de recevoir les soins, soit après. Dans certaines situations, par exemple quand le montant des dépenses est faible ou quand l'intérêt supposé du patient est évident (différence importante et toujours dans le même sens entre les tarifs ou les coûts supportés ou remboursés), on peut envisa-

ger de proposer une option par défaut, prédéterminée, laissant néanmoins la possibilité à l'intéressé de choisir l'autre option.

Une différence de champ, comme évoqué ci-dessus au point a), pourrait également constituer une prédétermination du choix pour des soins qui seraient pris en charge directement par l'institution compétente à ses tarifs sans autorisation préalable et qui seraient pris en charge par l'institution du lieu de séjour à ses tarifs, pour le compte de la première institution, avec autorisation préalable. Le fait pour l'assuré de ne pas avoir demandé cette autorisation préalable pourrait être considéré comme une option exercée en faveur d'un remboursement aux tarifs de l'institution compétente.

d) Séparation soins de séjour — Soins programmés

Cette dualité, sauf à supprimer tout système d'autorisation préalable, mérite d'être conservée justement pour garantir l'accès sans autorisation préalable aux soins de séjour, comme c'est déjà le cas dans les règlements (CEE) n° 1408/71 et (CEE) n° 883/2004.

Si la Cour de justice dans l'affaire en cours Commission/Espagne (C-211/08) déjà citée indique que la deuxième voie s'applique a fortiori à ces soins, il sera possible de supprimer aussi toute autorisation préalable pour ceux-ci en cas de remboursement selon les tarifs de l'État compétent.

On ne voit pas, en effet, comment pourrait se justifier une autorisation préalable dans de tels cas, même pour des soins lourds et onéreux, sauf si la Cour devait dans ce contexte ressusciter la notion de soins d'urgence, plus étroite que celle de soins de séjour. Dans cette hypothétique circonstance, qui ne faciliterait pas la simplification du dispositif recherché, il serait possible bien sûr d'envisager l'établissement d'une autorisation préalable pour cette voie en cas de soins hospitaliers ou spécialisés à définir ne présentant pas pour la personne inté-

ressée et dans la situation examinée un caractère d'urgence, bien qu'appartenant aux soins dits de séjour.

Mais en tout état de cause la simplification, la sécurité juridique et la garantie d'un accès aux soins de proximité militent en faveur d'une absence de toute autorisation préalable pour tous les soins de séjour, quelle que soit l'option de remboursement à l'intéressé ou de prise en charge des dépenses correspondantes.

e) Une procédure simple pour les petites dépenses?

L'intérêt des usagers amène à envisager une procédure simplifiée pour les petites dépenses, quels que soient les choix opérés par ailleurs dans le dispositif d'ensemble, basée sur la simple présentation de la CEAM, le règlement direct par le patient de ces petites dépenses et leur remboursement — rapide, donc quasi automatique — par l'institution compétente selon ses propres tarifs.

Ce type de dépenses peut être déterminé soit par référence à des catégories de soins ou de produits (consultation simple d'un praticien à son cabinet, médicaments courants ...), soit par référence à un montant maximal de dépenses engagées pendant le séjour, soit encore à un mixage des deux critères.

Une telle procédure serait très utile, au-delà des besoins ponctuels, par exemple pour des maladies chroniques ou des états pathologiques permanents (HTA et/ou diabète stabilisés par traitement médicamenteux par exemple) nécessitant de fréquents renouvellements de médicaments à coût unitaire relativement faible. Mais elle suppose, pour être efficace et ne pas faire regretter au patient le passage par le régime local (option qui devrait même dans cette hypothèse rester ouverte?), que le régime compétent assure un taux de remboursement élevé de ces dépenses ou que le patient soit couvert par une assurance privée complémentaire intervenant dans de tels cas.

À noter, en termes de simplification pour les institutions et de limitation des coûts de gestion, que par nature une telle procédure ne nécessite pas de recourir ensuite à un remboursement entre régimes au titre de l'article 35 du règlement (CE) n° 883/2004.

f) Encadrer le complément Vanbraekel

Il est inutile de revenir ici sur les difficultés de mise en œuvre d'un tel complément compte tenu des différences existant entre les systèmes nationaux jusque dans les plus petits détails et du manque d'outils communs (tels en première approche que des répertoires descriptifs de professionnels, d'établissements ou de produits). Il n'est pas non plus question de revenir sur ce droit des patients à pouvoir obtenir en toute circonstance (nécessité d'une autorisation préalable mise à part) le montant de remboursement ou de prise en charge qu'accorderait l'État compétent si les soins étaient reçus sur son territoire.

La piste qu'il est suggéré d'explorer, puisque ce complément s'avère lourd à gérer, serait de faire en sorte que le patient soit amené à en demander le bénéfice le moins souvent possible:

- soit en s'assurant que le montant de prise en charge le plus élevé puisse d'office être attribué au patient (ce qui suppose que l'institution compétente soit en capacité de déterminer ex ante la voie la plus profitable pour l'assuré, de façon systématique dans un rapport d'État membre à État membre donné ou de façon plus circonstancielle, et d'en informer ce dernier);
- soit en créant des filières pour éviter le recours à ce complément, ce qui serait par exemple le cas si était instaurée une procédure simple comme celle envisagée au point e) ci-dessus.

On pourrait également s'interroger sur la faisabilité juridique de la fixation d'un seuil de dépenses en-deçà duquel, compte tenu du faible intérêt du patient et des frais de gestion importants à assumer, la demande de complément pourrait ne pas être examinée.

g) Frais de transport

La Cour de justice, par une interprétation malheureuse selon nous, mais facilitée par l'utilisation dans un double sens des termes «prestations en nature» dans l'article 22 du règlement (CEE) n° 1408/71, a cru devoir indiquer dans l'arrêt Watts, déjà cité, puis dans l'arrêt Acereda Herrera (C-466/04):

«Ainsi que le confirment les termes de l'article 22, paragraphe 2, second alinéa, du règlement 1408/71, le paragraphe 1, sous c), i), du même article a pour seul but de conférer aux patients relevant de la législation d'un État membre et munis d'une autorisation de l'institution compétente un accès aux "soins" dans un autre État membre dans des conditions d'intervention aussi favorables que celles dont bénéficient les patients qui relèvent de la législation de ce dernier État membre.

L'obligation incombant à l'institution compétente au titre des articles 22 et 36 du règlement n° 1408/71 porte donc exclusivement sur les dépenses liées aux soins de santé obtenus par le patient dans l'État membre de séjour, à savoir, s'agissant de soins de nature hospitalière, les coûts des prestations médicales proprement dites ainsi que les dépenses, indissociablement liées, afférentes au séjour de l'intéressé dans l'établissement hospitalier pour les besoins de son traitement.»

Comme on le sait, elle a ajouté aussitôt que «n'ayant donc pas pour objet de réglementer la question des frais accessoires, tels que les frais de déplacement et d'hébergement éventuel en dehors de l'établissement hospitalier même, encourus par un patient autorisé par l'institution compétente à se rendre dans un autre État membre pour y recevoir des soins appropriés à son état de santé, l'article 22 du règlement n° 1408/71 ne prescrit pas, mais n'interdit pas non plus, la prise en charge de tels frais», pour conclure que l'article 49 CE n'impose la prise en charge par l'État compétent des frais de transport, entre autres frais accessoires, réclamée par un patient autorisé à se rendre dans un autre État

membre pour y recevoir des soins hospitaliers ou qui a essuyé un refus d'autorisation dont il est ultérieurement établi qu'il n'était pas fondé, que pour autant que la législation de l'État membre compétent impose au système national une obligation de prise en charge correspondante dans le cadre d'un traitement prodigué dans un établissement local relevant dudit système.

Cette interprétation, pour ce qui concerne les prestations en nature au sens de l'article 22 du règlement (CEE) n° 1408/71 ou de l'article 19 du règlement (CE) n° 883/2004 sera effacée pour ce dernier grâce à l'ajout dans son article 1^{er}, par le règlement, en cours d'adoption finale, modifiant le règlement (CE) n° 883/2004 et déterminant le contenu de ses annexes, d'une définition à cette fin des prestations en nature comme étant «les prestations en nature prévues par la législation d'un État membre qui sont destinées à fournir, mettre à disposition, prendre en charge ou rembourser des soins de nature médicale et des produits et services annexes à ces soins, y compris les prestations en nature pour les soins de longue durée».

Mais cet ajout, s'il règle la question des frais de transport qui peuvent être pris en charge par l'institution du lieu de séjour sur son territoire, si sa législation le prévoit et si elle intervient, ne règle pas la question des frais de transport entre l'État compétent et l'État de séjour.

À cet égard, se référer au contenu des législations en présence, comme le prescrit la Cour de justice, peut ne pas apparaître suffisant lorsque notamment le déplacement n'est pas fait au gré du patient, mais est effectué par nécessité parce qu'il ne peut pas recevoir en temps utile dans l'État compétent les soins nécessaires à son état de santé. Dans de tels cas, pour lesquels l'autorisation préalable, s'il y a autorisation préalable, ne peut pas être refusée, il apparaîtrait conforme à la fois aux principes de libre circulation des personnes et de droit fondamental à l'accès aux soins, ainsi qu'à l'objectif d'équité mentionné supra, d'envisager une obligation pour l'État

compétent, et ce quelles que soient les dispositions de sa législation, de prendre en charge les frais de transport liés au déplacement nécessaire du patient, en se limitant aux frais de transport par la voie la moins coûteuse compatible avec son état.

h) Procédure de tiers payant

Comme cela a été souligné supra à plusieurs reprises le fait pour le patient de devoir faire l'avance des frais (régler ses dépenses) avant de pouvoir bénéficier d'un remboursement par l'institution compétente est l'une des caractéristiques de la deuxième voie. Mais c'est aussi une des sources d'iniquité attachée à cette voie, puisque son emprunt, lorsqu'il s'agit de soins coûteux, est réservé aux patients qui ont les moyens financiers ou peuvent obtenir les moyens financiers pour faire cette avance.

Mais compte tenu des objectifs recherchés, il convient de considérer que cet état de choses n'est pas inéluctable et qu'une réflexion pourrait être menée pour y remédier.

Par analogie avec ce que la Cour de justice a fixé pour les frais accessoires, dont les frais de transport examinés au point précédent, il ne serait pas inconcevable, lorsque la législation de l'État compétent permet de pratiquer sur le territoire national le tiers payant — au sens de verser directement à l'établissement, au fournisseur ou au professionnel, créancier du montant des dépenses encourues par l'assuré, le montant du remboursement qui est accordé à l'intéressé ou le montant de la prise en charge accordée par le régime pour ces soins — d'étendre cette possibilité au territoire d'un autre État membre, lorsque l'État compétent rembourse selon ses propres tarifs les dépenses des soins reçus dans celui-là par l'un de ses assurés. Une telle extension pourrait alors être utilement limitée aux soins hospitaliers ou à des soins d'un montant supérieur à un seuil à fixer.

Et de même que pour les frais de transport, pourrait être envisagée au-delà la possibilité de créer une

obligation pour l'État compétent, quelles que soient les possibilités offertes en la matière par sa législation, de verser directement à l'établissement, au fournisseur ou au professionnel concerné le montant du remboursement qu'il accorde à son assuré, lorsque celui-ci s'est rendu dans cet autre État membre par nécessité parce qu'il ne pouvait pas recevoir en temps utile dans l'État compétent les soins nécessaires à son état de santé. Dans de tels cas, rappelons-le, l'autorisation préalable, s'il y a autorisation préalable, ne

peut pas être refusée. La limitation à cette obligation pourrait être double, celle d'abord pour le patient de se trouver dans la situation décrite ci-dessus, celles pour les dépenses de correspondre à des soins hospitaliers ou d'être d'un montant supérieur à un seuil à fixer, de façon à encadrer les coûts de gestion engendrés par une telle procédure en la réservant aux seuls cas ne relevant pas du choix de l'intéressé d'une part et obligeant ce dernier à faire une importante avance de trésorerie d'autre part.

REMARQUES GÉNÉRALES DE CONCLUSION



Yves Jorens

Université de Gand (Belgique)

Yves Jorens (né en 1968 à Anvers, Belgique) est actuellement professeur de droit de la sécurité sociale (national et international) et de droit social européen à la faculté de droit de l'université de Gand en Belgique. Par le passé, il a dirigé un groupe de recherche secondaire indépendant en matière de droit de la sécurité sociale européen et international auprès de l'Institut Max Planck de droit social étranger et international à Munich, en Allemagne. Il a rédigé sa thèse de doctorat sur la situation juridique des ressortissants hors UE en matière de sécurité sociale dans le droit européen. Depuis plusieurs années, son travail gravite autour du droit social européen et des questions de politique sociale en ce qui concerne l'adhésion à l'UE et l'intégration dans l'UE, les problèmes liés au travail dans un contexte multinational, la politique de la santé et le droit de la santé. Il a effectué une foule de recherches et possède une connaissance et une maîtrise approfondies des systèmes nationaux de sécurité sociale des États membres de l'Union européenne.

Il possède une riche expérience professionnelle dans de nombreux États membres de l'Union européenne, en particulier dans les nouveaux États membres, et est en relation avec des experts de la sécurité sociale dans un grand nombre de ces pays. Il est également très actif en Afrique australe et en Chine. Il a été expert et chef d'équipe dans différents programmes Phare et Consensus sur le droit social européen, ainsi que consultant pour le Conseil de l'Europe. Il est consultant pour l'Union européenne dans différents domaines de la sécurité sociale européenne et de la législation et de la politique européennes en matière de santé. Yves Jorens est membre et conseiller scientifique du secrétariat du Missoc (système d'information mutuelle sur la protection sociale de l'Union européenne). À l'heure actuelle, il est également chef de projet et responsable scientifique du projet trESS (Formation et suivi de la sécurité sociale en Europe) financé par la DG Emploi, affaires sociales et égalité des chances de la Commission européenne, en charge de la coordination des règles de sécurité sociale pour les travailleurs migrants (*).

Nous avons célébré cinquante années de coordination européenne ces deux derniers jours. Voici déjà cinquante ans que le premier texte de coordination, le règlement n° 3, est entré en vigueur.

Comme nous l'avons dit, la libre circulation des personnes compte parmi les principes les plus fondamentaux de l'UE. Le principe le plus proche de nous tous. Si les citoyens veulent exercer ce droit à la

libre circulation, ils ne peuvent pas perdre de droits en matière de sécurité sociale. Cela reste l'objectif fondamental à la base du règlement.

L'importance de cet objectif ressort aussi du fait qu'il s'agit du troisième texte à avoir été adopté par l'UE et le premier texte véritablement juridique à tous égards, avec les règlements n° 1 et n° 2, traitant respectivement du régime linguistique et de la forme des laissez-passer à délivrer aux membres de l'Assemblée parlementaire européenne.

(*) Cette contribution a été traduite à partir de la version anglaise originale.

Ces cinquante années sont dignes d'être célébrées aussi pour une autre raison. Cette année, après cinquante ans de réglementation, un nouveau cadre simplifié et modernisé, le règlement (CE) n° 883/2004 a été adopté et entrera bientôt en vigueur.

Ce tout nouveau cadre de coordination ne peut toutefois pas être considéré comme un apogée temporaire. C'est aussi la raison pour laquelle cette conférence est, d'une façon ou d'une autre, une entreprise courageuse. Nous célébrons les cinquante années de coordination, nous célébrons l'adoption d'un nouveau texte qui, alors qu'il n'est même pas encore entré en vigueur, nous amène à débattre de problèmes à venir, voire d'adaptations à y apporter. Toutefois, il convient de rappeler qu'il est essentiel que les règles de coordination restent en phase avec l'évolution du droit et de la société auxquels elles s'appliquent et que le processus de modernisation et de simplification soit poursuivi.

Quels enseignements pouvons-nous tirer de ces cinquante années d'histoire? Que pouvons-nous déjà tirer comme conclusions pour aller de l'avant?

Nous allons tenter de nous limiter à quelques accomplissements au fil de ces cinquante années et d'épingler certains des défis principaux. Nous renvoyons le lecteur aux différentes contributions écrites pour plus de détails.

Aucune législation n'est plus proche des besoins des citoyens au jour le jour que le règlement de coordination. Ce règlement est l'expression concrète de la volonté de protéger les citoyens européens et d'encourager leur mobilité. Mais il n'est sans doute aucune autre législation qui soit aussi compliquée et nécessite un tel processus constant d'interprétation.

Simon Roberts nous a rappelé les principes fondamentaux de la coordination européenne et les raisons principales de son instauration, et Rob Cornelissen est revenu sur les accomplissements importants

de ces cinquante ans de coordination. L'application exclusive du droit national aurait pu être lourde de conséquences pour les citoyens se déplaçant d'un État membre à l'autre. En général, la législation nationale en matière de sécurité sociale ne tient pas compte de la situation spécifique des individus qui ont travaillé ou résidé dans un autre État membre. Les législations nationales organisent leur système de sécurité nationale en fonction d'objectifs nationaux. Les règlements communautaires visent à pallier les effets de ce principe de «territorialité» sur les travailleurs migrants et les membres de leur famille. Cet objectif a été atteint grâce à l'adoption de nombreuses dispositions qui ont été amendées et renforcées au fil du temps, comme l'effet exclusif et obligatoire des règles de conflit des lois, le cumul des périodes d'assurance pour la constitution des droits à des prestations, l'abolition des clauses de résidence et la reconnaissance transfrontalière de faits. Ces principes restent d'application, mais certains sont remis en cause.

Les systèmes de sécurité sociale des États membres sont mis à rude épreuve à maints égards. Le point de départ de la coordination est d'accepter les régimes nationaux de sécurité sociale tels qu'ils sont, avec toutes leurs différences de prestation, de procédure, d'organisation et de financement. Les changements introduits dans les systèmes nationaux ont donc des répercussions sur la coordination de la sécurité sociale, qui fait office de passerelle entre les différents régimes. Le système actuel de coordination a permis de faire face à l'introduction d'une nouvelle série de prestations dans la législation nationale des divers États membres. Mais il ne faudrait pas oublier que nous devons en grande partie cette souplesse à la jurisprudence de la Cour de justice, et non aux amendements apportés aux règlements par le législateur. Cornelissen nous a donné quelques exemples de ces interactions parfois fascinantes entre la Cour de justice et le législateur.

Au travers de différentes affaires importantes, la Cour européenne de justice a véritablement permis

de faire des progrès dans le domaine des règlements de coordination. Le nom des personnes concernées restera au panthéon de l'histoire.

Van Raepenbush nous a montré la très grande richesse de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de sécurité sociale. On compte bien plus de 500 procédures préjudicielles, ce qui place les règlements de coordination à la première place du «palmarès» ou, si l'on préfère, ce qui en fait l'opus le plus controversé du droit communautaire. Ces affaires sont le fruit d'un dialogue entre la magistrature nationale et la Cour de justice.

Le rôle de la magistrature nationale est très important. C'est elle qui alimente la Cour et lui donne des références pour les procédures préjudicielles. C'est pourquoi nous sommes ravis de voir autant de juges dans l'assistance.

C'est la Cour européenne de justice qui est à la barre lorsque l'on en vient au développement de l'acquis en matière de coordination des régimes de sécurité sociale. Depuis quarante ans, elle a interprété les dispositions des règlements de manière cohérente, dynamique et constructive. La Cour a de toute évidence privilégié l'interprétation téléologique, tenant systématiquement compte des objectifs des règlements et des principes qui les sous-tendent — l'objectif ultime étant in fine de renforcer la libre circulation des personnes.

Les règlements seront confrontés à des difficultés, notamment celles qui consistent à déterminer comment traduire et intégrer ces interprétations et les progrès de la jurisprudence concernant les règles de coordination. C'est une entreprise importante, mais lourde, dès lors qu'il est question de permettre aux citoyens européens d'exercer leurs droits. À cet égard, le droit communautaire ne peut négliger le fait que la libre circulation des personnes telle qu'elle est interprétée par la Cour de justice n'ouvre pas un large éventail de possibilités et qu'au contraire, elle n'offre qu'une marge de manœuvre limitée pour définir le cadre de coordination.

Nous avons évoqué également le fait que les règlements devaient suivre les changements sociétaux. L'un de ces premiers défis a été épinglé par Eichenhofer.

L'autonomie relative des entités décentralisées qui interviennent de plus en plus dans la sécurité sociale ne signifie pas qu'elles sont cloisonnées. Le droit communautaire s'adresse aux États membres, qui ne peuvent se soustraire aux obligations que leur impose le droit communautaire en déléguant leur pouvoir législatif ou administratif à des entités internes. Les systèmes régionaux de sécurité sociale des États membres sont donc soumis à la réglementation communautaire de coordination et, par voie de conséquence, les branches régionales des systèmes de sécurité sociale doivent respecter toutes les dispositions de cette réglementation. Le droit communautaire ne s'intéresse pas à la question de savoir si des différences de traitement sont autorisées dans les situations internes ou transfrontalières. Ce type de question est à régler dans le cadre du droit national. Selon cet intervenant, qu'un traitement moins favorable soit réservé aux affaires strictement internes par rapport aux affaires intra-communautaires serait contraire au droit, dans la mesure où la discrimination inverse irait à l'encontre du droit constitutionnel national.

Une autre évolution au sein des règlements qui nécessite notre attention, est l'influence que la sécurité sociale reçoit actuellement du cadre beaucoup plus large que représentent le droit de la concurrence, la libre circulation des services, la libre circulation des biens, la libre circulation des personnes, etc. Les conclusions nécessaires devront être tirées concernant les conséquences concrètes que cela engendre pour le cadre actuel de la coordination. La sécurité sociale se retrouve ainsi soudain à nouveau au centre du débat politique dont la question essentielle est celle du rôle de la sécurité sociale par rapport à l'État-providence. Les dangers ne sont pas minimes. Il s'agit ici du «ver dans le fruit» comme l'a si joliment formulé Jean-Philippe Lhernould? Le législateur européen a à nouveau les pieds sur terre,

si je puis dire. La jurisprudence de la Cour de justice concernant la libre citoyenneté et la libre circulation des personnes, comme le montre de manière très claire Eleanor Spaventa, a un impact important sur les prestations de sécurité sociale en dehors des règlements. La Communauté européenne impose des obligations aux États membres auxquels ils n'avaient pas pensé. En soi, il s'agit d'une belle tendance. De fait, on peut saluer le fait qu'il existe, à côté des règlements européens, un cadre sur base duquel les citoyens de l'Union peuvent imposer leurs droits et certainement lorsqu'il s'agit d'un complément aux droits existants. Mais le danger est plus profond. La Cour a mis sur pied une nouvelle approche concernant l'interprétation du lien entre le droit primaire et le droit secondaire. Le droit secondaire constitue la fondation des droits accordés aux citoyens de l'Union. Si ces derniers ne satisfont pas aux conditions du droit secondaire, ils peuvent éventuellement recourir au droit primaire qui ici constitue un plafond de leurs droits. Le juge devra, dans le dernier cas, procéder à une évaluation des circonstances concrètes et vérifier si le refus est justifié et satisfait à l'exigence de proportionnalité. Le grand danger réside dans le fait que des nouvelles obligations apparaissent et ces obligations dépassent le difficile compromis atteint au sein du droit communautaire secondaire peut-être au terme d'années de négociation. Les limitations et positions de départ des règlements sont de la sorte mises en question. Les règlements peuvent alors peut-être bien avoir éclairci les droits, mais les choix politiques peuvent donc alors éventuellement constituer une limitation plutôt qu'un avantage.

Il n'est donc pas facile, comme le montre clairement Jean-Claude Fillon dans le domaine des soins de santé, de concilier les deux. Car l'application des deux voies ne fonctionne pas nécessairement en parallèle et conduit à d'inévitables imprécisions pour le citoyen concerné ainsi qu'à des problèmes d'application pour les administrations concernées. L'adaptation des règlements à cette nouvelle tendance constituera une tâche extrêmement difficile mais néanmoins nécessaire en vue d'atteindre une

meilleure clarté et protection des droits du citoyen. En outre, le fait que la deuxième voie soit souvent caractérisée par une approche casuistique dont l'issue est difficilement prévisible et que différents acteurs soient concernés (tels que les différentes DG), mènera certainement à un travail de longue haleine, un travail très très dure...

Mais cette tendance ne peut pas uniquement unilatéralement être considérée comme un danger et une évolution négative. Cette évolution nous offre en effet l'opportunité de réfléchir à nouveau et de méditer sur les objectifs concrets des règlements. Ceci nous offre peut-être à nouveau la possibilité d'accentuer le rôle des règlements en tant qu'instruments d'une solidarité européenne et ainsi de devenir — ou redevenir? — le moteur de l'intégration sociale européenne des individus concernés.

L'un des problèmes récurrents réside dans la définition du champ d'application des règlements. Les évolutions au sein des systèmes nationaux de sécurité sociale en vue de la prise en considération des nouveaux défis économiques ou politiques ont entraîné l'apparition d'un catalogue de prestations complètement inédit. Toutefois, la question est toujours de savoir si ces prestations font également partie du champ d'application concret et, dans l'affirmative, dans quel chapitre précis. Cette classification concrète n'est pas sans importance, car les règles de coordination applicables varient selon le chapitre concerné. Dès lors, la CJCE a souvent le dernier mot. Bernhard Spiegel déclare à juste titre que nous assistons à une «compétition permanente». Le législateur parvient-il à agir en premier? Ou la CJCE est-elle en première ligne? Au final, même le fait que la décision définitive de la Cour de justice ait déjà mené assez souvent à des conflits nécessaires contribue à faire germer de temps en temps l'idée de la mise sur pied d'un régime de coordination distinct. Car comme nous avons pu le constater, les règles actuelles ne sont pas encore complètement adaptées aux caractéristiques de ces nouvelles allocations. Étant donné qu'une grande partie de ces prestations n'existe pas dans

d'autres États membres, les négociations peuvent s'avérer «très très dures», comme l'a déjà indiqué Simon. Ce problème n'est pas nouveau, mais existe depuis le début. Pensons à l'exemple des prestations spéciales non contributives et à la différence entre la sécurité sociale et l'aide sociale qui, même après obtention du consensus politique, a encore suscité une certaine résistance dans certains États membres, donnant même lieu à une procédure spéciale de la Commission contre le Conseil. Bernhard Spiegel et Maximilian Fuchs ont abordé plusieurs de ces points dans leurs exposés. Certains de leurs exemples illustrent aussi l'adage de Sean Van Raepenbusch, selon lequel la Cour de justice joue d'une part un rôle de force motrice mais, d'autre part, rend toujours un arrêt dans une situation donnée, qui peut ensuite continuer d'exister.

Certains des exemples qu'ils citent illustrent aussi clairement la nécessité d'adapter le cadre juridique à ces nouvelles prestations. Pensons aux prestations de dépendance, qui ne peuvent que difficilement être coordonnées dans le cadre actuel. Ou encore à l'exemple des régimes de retraite des deuxième et troisième piliers. Si les négociations se terminent bien, ceci pourrait d'ailleurs devenir l'une des premières modifications du règlement (CE) n° 883/2004. Au vu de l'importance de ces dernières prestations, ceci représente également une étape essentielle, mais il n'est pas exclu qu'à l'avenir nous soyons confrontés à une demande de division des premier et deuxième piliers dans le règlement. Dans son exposé sur les prestations de chômage, Maximilian Fuchs aborde quelques évolutions essentielles, comme la combinaison entre chômage et prestations d'aide. On ne peut pas nier la présence de plusieurs incompatibilités entre le règlement et la volonté de l'Europe de bâtir un marché du travail européen. Ni l'évolution vers un État social actif, dans lequel la sécurité sociale ne vise plus essentiellement à payer des prestations en espèces, mais plutôt à éviter qu'elles ne doivent être payées. Cet État social actif soulève non seulement des questions concernant la description du champ d'application concret (par exemple presta-

tions de réhabilitation, différence entre chômage et handicap), mais aussi concernant la validité concrète du règlement, qui s'avère aussi problématique dans ce contexte, notamment concernant l'exportation ou le droit applicable.

Il a été rappelé en de nombreuses occasions que l'évolution du marché du travail a un grand impact sur le cadre de coordination. Dans son intervention, Paul Minderhoud a décrit les tendances migratoires et les nouvelles perspectives en la matière. Force est de constater que par comparaison avec les États-Unis, les flux migratoires intracommunautaires sont traditionnellement limités: 1,2 million de citoyens européens ont émigré, alors que l'UE compte près de 500 millions d'habitants. Il a toutefois évoqué aussi de nouvelles tendances migratoires, en particulier la notion de migration circulaire. Des périodes plus courtes de migration ont également un impact sur la question de l'intégration dans l'État concerné et du droit à des prestations sociales. Les travailleurs qui émigrent pour des périodes plus courtes ont sans doute plus intérêt à rester assurés et couverts dans leur État d'origine qu'à s'assurer dans l'État où ils se rendent pour travailler. Comme Yves Jorens l'a expliqué, ce sont précisément ces nouveaux modes de migration qui mettent à rude épreuve le cadre actuel de la *lex loci laboris* et, plus généralement, les principes généraux qui sous-tendent la législation applicable. Des questions importantes doivent être posées. Le moment n'est-il pas venu de remettre en cause, à la lumière de la libre circulation des personnes, le principe d'unicité et la neutralité des règles de conflit? Est-ce que la libre circulation doit être ramenée au seul fait d'éviter des complications administratives? Quel est l'intérêt du travailleur?

Nous avons entamé cette conférence par la question de savoir si nous pouvions décerner une médaille d'or à notre règlement. Nous pensons qu'il faut y répondre par l'affirmative. La conclusion qui peut être tirée des recherches menées dans le cadre du réseau trESS, qui s'intéresse à la mise en œuvre des règlements dans les différents États membres,

est que le système fonctionne relativement bien. Il ne faut pas pour autant passer sous silence le fait qu'il existe bel et bien un certain nombre de lacunes et d'incohérences. Quant à savoir si le système mérite la consécration suprême, nous ne serons capables d'en juger que d'ici dix ans. Il nous faudra en effet attendre de voir ce que le règlement (CE) n° 883/2004 nous réserve.

Les règlements sont une étape majeure sur la voie de la concrétisation de la citoyenneté européenne. La citoyenneté européenne contribue à la légitimité de l'Europe en offrant la protection sociale indis-

pensable aux personnes qui ont exercé leur droit à la libre circulation et en protégeant la diversité et la spécificité des différents États membres. Cette évolution est importante et vient peut-être confirmer les propos qu'a un jour tenus Umberto Eco, avouant son souhait d'être un Européen né en Italie. Ces deux derniers jours, il nous est sans doute arrivé à tous de souhaiter être un Européen né dans cette belle capitale européenne qu'est Prague.

Nous tenons à vous remercier tous d'avoir célébré avec nous les cinquante ans de la coordination européenne des régimes de sécurité sociale.

ANNEXE — PHOTOS DE QUELQUES PARTICIPANTS À LA CONFÉRENCE



Gabriela Pikorova

Présidente par intérim
de CA. SS. TM, ministère
tchèque du travail
et des affaires sociales
(présidence)



Ivo van der Steen

Ministère néerlandais
des affaires étrangères
(table ronde des parties
prenantes)



Rolf Schuler

Hessisches
Landessozialgericht
(tribunal supérieur
du contentieux social
du Land de la Hesse)
(table ronde des parties
prenantes)



Jana Lovsin

Ministère slovène
du travail, de la famille
et des affaires sociales
(table ronde des parties
prenantes)



Carlos G. de Cortazar

Représentation
permanente
de l'Espagne auprès
de l'UE (table ronde
des parties prenantes)



Bernd Schulte

Institut Max Planck
de droit social
international (table ronde
des parties prenantes)



Herwig Verschueren

Université d'Anvers et
Vrije Universiteit Brussel
(université libre de
Bruxelles) (table ronde
des parties prenantes)



Paul Palsterman

ACV — CSC (syndicats
belges) (table ronde
des parties prenantes)



Loes van Embden

BusinessEurope
(table ronde des parties prenantes)



Jörg Tagger

Commission européenne, DG Emploi, affaires sociales et égalité des chances, unité E.3 (table ronde des parties prenantes)



Ivo Van Damme

Fédération des entreprises de Belgique
(table ronde des parties prenantes)



Christoph Schumacher

Ministère fédéral allemand du travail et des affaires sociales
(table ronde des parties prenantes)



Dorina Tsotsorou

Ministère grec de l'emploi et de la protection sociale
(table ronde des parties prenantes)



Eva Lukacs

Ministère hongrois de la santé (table ronde des parties prenantes)



Jiri Kral

Directeur général de la politique sociale et familiale, ministère tchèque de l'emploi et des affaires sociales
(discours de clôture)

Commission européenne

50 ans de coordination de la sécurité sociale: Passé — Présent — Futur
Rapport de la conférence célébrant le 50^e anniversaire de la coordination européenne
de la sécurité sociale

Luxembourg: Office des publications de l'Union européenne

2010 — 259 p. — 21 x 29,7 cm

ISBN 978-92-79-14868-2

doi:10.2767/94237

Une conférence a été organisée en mai 2009, à Prague (République tchèque), pour célébrer le 50^e anniversaire de la coordination européenne de la sécurité sociale. Ce rapport reprend les interventions principales qui ont été faites lors de cet événement de deux jours sur des thèmes allant de l'histoire de la sécurité sociale aux soins de santé transfrontaliers.

Cette publication est disponible en version imprimée en allemand, en anglais et en français.

Comment vous procurer les publications de l'Union européenne?

Publications gratuites:

- sur le site de l'EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>);
- auprès des représentations ou des délégations de l'Union européenne.
Vous pouvez obtenir leurs coordonnées en consultant le site <http://ec.europa.eu>
ou par télécopieur au numéro +352 2929-42758.

Publications payantes:

- sur le site de l'EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>).

Abonnements facturés (par exemple séries annuelles du *Journal officiel de l'Union européenne*, recueils de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne):

- auprès des bureaux de vente de l'Office des publications de l'Union européenne
(http://publications.europa.eu/others/agents/index_fr.htm).

2010
Année européenne
de lutte contre
la pauvreté
et l'exclusion sociale

www.2010againstpoverity.eu

Les publications de la direction générale de l'emploi,
des affaires sociales et de l'égalité des chances vous intéressent?

Vous pouvez les télécharger ou vous abonner gratuitement:

<http://ec.europa.eu/social/publications>

Vous pouvez également vous abonner gratuitement au bulletin d'information
électronique L'Europe sociale de la Commission européenne:

<http://ec.europa.eu/social/e-newsletter>

<http://ec.europa.eu/social>



www.facebook.com/socialeurope



Office des publications

ISBN 978-92-79-14868-2



9 789279 148682